INTRODUZIONE ENCICLOPEDICA

ALLE

SCIENZE GIURIDICHE E SOCIALI

NEL SISTEMA DELLA GIURISPRUDENZA

PICCOLA BIBLIOTECA SCIENTIFICA - 14

Dott. BIAGIO BRUGI
Professore ordinario nella R. Università di Padova

INTRODUZIONE ENCICLOPEDICA
ALLE
SCIENZE GIURIDICHE E SOCIALI
NEL
SISTEMA DELLA GIURISPRUDENZA

. . . . *plus habet in recessu*
quam in fronte promittit.
QUINTIL.

Quarta edizione riveduta ed ampliata

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis, 54-55

1907

ALLA

FACOLTÀ GIURIDICA

DELLA R. UNIVERSITÀ DI CATANIA

CUI

L'AUTORE SI ONORA D'AVER APPARTENUTO

DAL MDCCCLXXXII AL MDCCCLXXXV

Prefazione alla prima edizione

L'interesse che presenta un manualetto d'introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali deve derivare anzitutto dalla chiarezza e da una brevità (corrispondente agli intendimenti del vigente regolamento) che tuttavia non gli tolga di essere completo. Per taluni manuali di introduzione le scienze sociali sembrano non esistere: eppure queste giovani discipline, liberate a grado a grado da superficiali teorie e da vuote astrazioni, assumono un preciso aspetto e accennano a prendere un posto eminente nella giurisprudenza. Altri par che vogliano limitarsi ad un elenco dei corsi ufficiali senza tener conto di insegnamenti che già si muovono in un'orbita ben distinta, ed hanno diritto di essere considerati.

Sopratutto preme che il giovane acquisti consapevolezza del legame organico che inter-

cede fra le varie parti costituenti oggi la giurisprudenza, che si divisero e suddivisero non per capriccio di dotti, ma per naturale legge di progresso. Già dalla introduzione egli deve abituarsi a concepire il diritto come una forza individuale che agisce di continuo nell'organismo sociale senza romperne l'armonia. La filosofia positiva e lo studio comparato degli antichi popoli ci offrono interessanti materiali per il concetto del diritto; ma il giurista e il sociologo non si formano con magri articoli di leggi o con nudi cataloghi di fatti e specchi di cifre, senza il culto di un'alta idealità che è spinta al perfezionamento umano.

In un libro elementare, come questo, la esposizione deve essere piuttosto dogmatica, la bibliografia ridotta al puro necessario. Volli esser conciso anche perchè l'insegnante può completare con la viva parola, lo studente con la riflessione ciò che appositamente fu omesso. Un libro di testo che non fa in alcun modo pensare lo studente è snervante; nella università dobbiamo sopratutto aver cura che egli si abitui a pensare e a ragionare. Da diversi anni ricevo i giovani usciti appena dal liceo, e ripetutamente osservo che la mate-

matica e la filosofia hanno avuto scarsissima efficacia nell'educazione della loro mente.

Taluno mi obietterà forse che ho preso troppi esempi dall'istoria del popolo romano; ma parvemi che presso questo robusto ramo della grande famiglia indo-europea le idee giuridiche tutte quante abbiano un'evoluzione tipica.

Lucca, settembre 1890.

B. Brugi.

Prefazione alla quarta edizione

Questo libro ha già vissuto tre edizioni, ed entra, oggi, nella quarta, a far parte della utile collezione di manuali della *Piccola biblioteca scientifica* della Società Editrice Libraria, a cui degnamente corrisponde il favore degli studenti e di tutte le persone colte. Ho detto che questa è la quarta edizione del mio libro; ma potrei anche dire che è un libro nuovo: non vi è quasi un paragrafo che non sia stato mutato! Se io desidero parlare di quarta edizione si è perchè il piano del libro e lo scopo sono gli stessi. Nè mutai opinione intorno all'opportunità di entrare qui nel contenuto delle singole cerchie del diritto o delle scienze sociali. Se ne debbono, secondo me, indicare i confini e l'oggetto e niente più. Chi già dall'introduzione vuole insegnare che cosa sia un diritto di obbligazione o un diritto reale, corre il rischio di imprimere in menti inesperte e non logicamente preparate (come possiamo prepararcele invece nei corsi speciali) notizie monche e inesatte. Dalle quali è difficile liberarsi poi, tanto quanto dagli errori di pronunzia di una lingua male appresa da principio.

Il libro nacque dalle lezioni, dopo essere stato meditato a lungo; ma poi fu scritto con un certo entusiasmo che mi aveva fatto deviare qua e là dal rigore logico delle partizioni, a cui sono ora tornato. Io volli fare niente altro che un'applicazione delle dottrine della scuola storica (1) e della filosofia positiva (2) alla vecchia Enciclopedia giuridica. Quando entrai nell'università di Pisa l'anno scolastico 1871-72 io aveva già in me delle disposizioni a seguire il positivismo (ravvivate da studio individuale, più che da lezioni di maestri di filosofia). Subito il primo anno di università fece su me grandissima impressione quel convinto seguace delle dottrine della scuola storica, che fu il prof. Saverio Scolari, allora insegnante a Pisa. A torto alcuni suoi biografi dissero che della scuola storica tenne

(1) Il Bergbohm, *Jurisprud. und Rechtsphil.*, I, Leipzig 1902, pag. 321, scrisse che di qua dalle Alpi la scuola stòrica non fu rettamente compresa. Non mi pare. Quanto a me debbo dichiarargli che io non sono affatto seguace del diritto naturale come egli mi giudica (pag. 323, n. 26).

(2) Era ben naturale perciò che io mi valessi ripetutamente delle opere dell'Ardigò, il quale anche dall'Ueberweg, *Grundr. der Gesch. der Philos.*, IV, 10. A., Berlin 1906, è detto *Hauptvertreter dieser Richtung*. Cfr. sull'Ardigò Höffding, *Moderne Philos.* Leipz. 1905. Erste Gruppe, II, 2 pag. 38-53 e *Lehrb. der Gesch. der neuer Philos.*, Leipz. 1906, pag. 193, 233 e segg. Le opere dell'Ardigò possono ora facilmente essere studiate con l'ottima guida del Marchesini, *La vita e il pens. di R. Ardigò*, Milano 1907.

solo il principio che la governa (1); egli le restò invece fedele in tutto: anche nella misteriosa dottrina della coscienza popolare come fonte del diritto. Gli studi continuati da me in Germania, sotto alcuno pure degli ultimi scolari del Savigny, corroborarono la mia fede nel significato filosofico della scuola storica e mi condussero a ravvisare il diritto in stretta relazione con tutti quanti i fattori della civil società. Ecco come nacque il mio disegno di un'introduzione allo studio della giurisprudenza che rappresentasse i suoi concetti nella loro genesi storica e nel loro incessante movimento e che non trascurasse i necessari punti di contatto con le scienze politiche e sociali. Ho veduto poi, per l'accoglienza fatta ai miei studi e per la conferma avutane dagli altri, che aveva ragione nello ascrivere un programma filosofico alla scuola storica; nel volere un'introduzione con quel carattere storico (2); nel disegnare una giurisprudenza considerata da ogni suo aspetto sociale.

(1) Teza, *Saverio Scolari* (*Atti R. Ist. ven. di sc. lett. ed arti*, t. VI, S. VII, 1894-95, pag. 674); Landucci, *Saverio Scolari* (*Arch. di dir. pubbl.*, a. VI, fasc. 2-3, 1896).

(2) Ho trovato ora, si può dire a puntino, descritto il tipo di Introduzione che sempre vagheggiai nelle autorevoli parole dello Halban, *Zur Ausgestalt. des Rechts- und staatsw. Studium in Oesterreich* (*Zeitschr. f. Volkswirt. Sozialp. und Verw.*, XII, pag. 242-278. 348-382). Cfr. anche dello stesso *Die Reform des Rechts- und Staatsw. St. in Oest.* (*Das Oest. Verwaltungsarchiv*, 1906, fasc. VII-VIII, pag. 295).

Molte furono le dotte e benevoli recensioni del mio libro; parve ostico da principio e tale sembrerà tuttora a chi per la prima volta lo legge. Io ripeterò al mio futuro lettore con Publio Siro: *in iudicando criminosa est celeritas*. Leggi e pensa; un libro che non eccita la riflessione dello studente non giova: io desidero scuotere viete partizioni e invecchiate dottrine, lieto di gettare dei semi che poi frutteranno. Qualcheduno ne ho già veduto fruttare. E posso dire con tutta sicurezza che questo mio libretto, superate le difficoltà, è stato sempre caro agli studenti. Essi mi hanno mostrato di intenderlo e di gustarlo, assicurandomi anche che aveva giovato loro per le prove che li attendono usciti dall'università. Io ho aggiunto in quest'edizione certe nozioni di carattere filosofico, la cui mancanza rendeva ad essi oscuro il libro subito nelle prime pagine. Conto ora su questo libro per completare anche taluni argomenti accennati necessariamente in modo fugace nell'altro mio volume d'*Istituzioni di diritto civile italiano* di questa stessa collezione.

Il compianto Icilio Vanni (1) aveva detto il mio libro «penetrato e dominato dal senso della ricerca positiva». Io non mi era certamente creduto di aver fatto nel 1891 la sco-

(1) *Riv. di filosof. scient.*, 1891, pag. 668.

porta della pietra filosofale (1); ma qualche cosa di utile mi pare di aver fatto, soprattutto nell'oppormi ai residui coscienti o incoscienti della più inutile delle metafisiche: la metafisica del diritto. Oggi, bisogna pur dirlo, essa torna a germogliare sotto le più larvate e seducenti spoglie; io non posso certo rinnovare la mia fede filosofica, che (come sa chi ha avuto la pazienza di leggere questa prefazione) è ormai di antica data. Ma, finchè io possa esser capace di pensare, rispetterò a parole e a fatti la libertà del pensiero in quel modo che mi sembra il migliore: cercando, cioè, di imparare anche da chi è di opposta scuola. Non ho alcuna paura di essere eclettico, quando l'eclettismo non deriva da tornaconto e da viltà d'animo; ma da persuasione. O che forse le barriere di scuola sono un dogma? E chi le può definire in modo infallibile?

Ho fatto via via opportune citazioni bibliografiche (nella scelta delle italiane largheggiando anche per mostrare che fra noi v'è un certo risveglio negli studi di filosofia del

(1) Il collega ed amico Landucci, *Riv. ital. per le scienze giur.*, XIV, 1892, pag. 83, mi avvertiva che a torto io aveva creduto il metodo nuovo e che piuttosto mi si poteva credere « troppo timido ». Il vero si è che il metodo è antico; ma nell'Introduzione alla giurisprudenza se ne faceva allora una nuova applicazione. Quanto poi alla uniformità di opinioni asserite da lui « nel movimento scientifico odierno » non vi era allora, nè vi è ora.

diritto) affinchè chi vuole possa continuar da sè lo studio di qualche argomento. Ormai le nostre biblioteche pubbliche son più fornite di quanto si creda (i consorzi della regione aiutano lo Stato a dotarle) e i migliori studenti sanno le lingue straniere. Nè si creda perciò che sia tempo perduto lo studio del latino e del greco; esso giova, lo sappiano i facili censori della scuola classica, come ginnastica della mente per apprendere in modo più agevole le lingue moderne.

Ogni anno ho il conforto di veder giovani che da questo libro si avviano a ricerche proprie, tutti persuasi del legame fra il diritto e le scienze sociali. Contento di questo premio, posso anche fare a meno di desiderarne altri.

Padova, luglio 1907.

B. Brugi.

CAPITOLO I.

Necessità di un'introduzione allo studio della Giurisprudenza

§ 1.

Scopo di questa introduzione. — Enciclopedia giuridica e introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della Giurisprudenza.

Per coloro che si dedicano allo studio della giurisprudenza è necessario anzitutto un concetto di questa vasta e complessa scienza. Fino al principio del secolo scorso varie discipline che formano altrettanti rami della giurisprudenza, o non erano nate, o avevano dominio limitatissimo; ma, cambiata la base della civile società, e studiata questa in ogni suo aspetto, progrediti e approfonditi gli studi storici, quelle discipline andarono svolgendosi a grado a grado, così che, restato pure uno il concetto della giurisprudenza, ne derivarono le divisioni e suddivisioni che formano l'oggetto dei rami del nostro studio (§ 2). Tali divisioni della nostra, come di ogni altra scienza, non sono arbitrarie, sivvero causate da quell'ampliarsi del sapere che risponde allo stato odierno della civile società, ai ricchi mezzi d'investigazione, alla libertà d'esame.

Fu detto essere la nostra introduzione quasi una carta geografica (1) di un paese nel quale si entra per la prima volta e mediante la quale se ne imparano a conoscere i confini. Ciò è giusto purchè la carta renda consapevoli di quella naturale complessità della giurisprudenza. L'introduzione giova pure alla libertà che ha lo studente di seguire i corsi nell'ordine che vuole. È necessario mostrargli quali relazioni passino fra le diverse parti di una scienza e come le une sieno di preparazione alle altre, onde egli regoli saggiamente l'ordine dei propri studi o apprezzi convenientemente il consiglio che gli fu suggerito. Pertanto quest'introduzione ha due fini:

1.º determinare l'oggetto della giurisprudenza;

2.º mostrare i rami in cui essa si ripartisce e i legami che fra questi naturalmente intercedono.

Appunto col rintracciare questi naturali ed organici vincoli fra le varie parti della giurisprudenza, si sfugge al biasimo che la introduzione enciclopedica allo studio del diritto parve meritare al Carmignani (2). Egli la chiamava infatti una « lanterna magica, per la quale si fa passare a piacimento or l'una or l'altra specie di diritto », forse avendo sott'occhio un errato tipo di quell'insegnamento, come dovette trovarsi in alcuna delle università nostre e straniere. Ma l'analisi stessa dei più vitali odierni problemi ci farà persuasi nel seguito del ragionamento che considerazioni di vario genere concorrono alla loro retta soluzione; onde la mente nostra ha d'uopo di ordinarle in

(1) Dep. Tex. *Enciclop. Iurisprud.*, § 11, Amstelod. 1839.

(2) *Cenni per un nuovo programma di completo e sistematico insegnamento del diritto*, Torino 1841.

speciali discipline fra loro strette da naturale parentela, come mostra lo scambievole ausilio che si recano e lo scopo cui convergono. Non si possono quindi mostrare e studiare se non in quell'ordine che rispecchia il loro nesso naturale.

Quando per ragioni storiche si cominciò a sentire il bisogno di un'introduzione allo studio della giurisprudenza, essa prese il nome di *Enciclopedia giuridica* (§ 2). L'enciclopedia di una scienza, come completo prospetto della cerchia e del contenuto di questa, è di tre specie (1). O serve per prima introduzione allo studio di una scienza; o porge un disegno, facilmente afferrabile da tutti, dell'intiera cerchia di una scienza; o fa la critica del sistema, dei metodi e dei fondamentali concetti di una scienza per coloro che già hanno familiarità con questa. L'enciclopedia giuridica può essere anch'essa dell'una o dell'altra di queste specie; ma sorse principalmente per il primo scopo e ad esso risponde in questo libro, non senza però toccare, sia pure in modo elementare, di alcuni problemi che dicemmo còmpito naturale di un'enciclopedia del terzo genere. Tanto più che, sebbene l'insegnamento di questa materia sia ristretto nel giro di poche lezioni, il novizio può aiutarsi pel di più meditando il libro. L'enciclopedia giuridica conserva generalmente nei manuali questo suo titolo tradizionale; ma essa deve mutarsi (ed io qui ne rinnovo il tentativo) in un'introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza (§§ 2, 17). L'enciclopedia giuridica abbracciò infatti tutti i rami stret-

(1) Ben distinte dal Mohl, *Encyklop. der Staatswiss.*, 2.ª ediz., Tübingen 1872, § 10.

tamente giuridici, che costituivano la giurisprudenza quando essa sorse; oggi l'introduzione manca al suo ufficio se non addita al novizio anche i rami di discipline politiche e sociali che s'intrecciano e combinano nell'odierna giurisprudenza.

A torto si continuano a credere discipline ausiliarie di essa, quelle che ormai ne sono parti essenziali sino al punto da rinnovare tutto il sistema del diritto.

Ma anche in questo nuovo aspetto soltanto i due fini indicati restano di speciale competenza della introduzione che diremo enciclopedica allo studio della giurisprudenza, appunto perchè nel suo disegno abbraccia tutta quanta la cerchia di essa. Non vi è un trattato a sè del metodo che derivi le proprie regole da una scienza diversa dalla filosofia (1). Da essa dobbiamo attingere quanto al metodo si riferisce, salvo a lumeggiare in modo speciale quei punti che più interessano il diritto e a far conoscere come siasi abituata da secoli la mente del giurista ad un metodo piuttosto che all'altro e ad ammonirlo dei pericoli che egli può correre (§§ 3-6).

---

(1) D'altro avviso il Vanni, *Lez. di filosof. del dir.*, 2.ª ed., Bologna 1906, p. 13, che ascrive alla filosofia del diritto anche una ricerca critica. Concorde col Fragapane, *Obb. e limiti della filosof. del dir.*, Roma 1899, II, p. 49 e segg. Cfr. sulla via da me seguita e sul problema della conoscenza un lucido riassunto del Levi, *Per un progr. di filosof. del dir.*, Torino 1905, p. 7 e segg. La tendenza del Vanni si spiega coi bisogni del suo tempo. Cfr. le mie note *Nel regno della filos. del dir.*, in *Atti e mem. acc. di Padova*, XXI, 1905, p. 51 e segg.

§ 2.

La storia della giurisprudenza mostra la necessità e i limiti di quest'introduzione.

La giurisprudenza odierna è una formazione naturale o storica che dir vogliamo (§ 17); la quale si è prodotta indipendentemente dall' arbitrio degli uomini. La storia della giurisprudenza, che è storia di uno dei più fecondi aspetti del pensiero umano, mostra il passaggio, come in tutte le scienze, dall' uno al molteplice, dal semplice al complesso.

Il *Corpus iuris civilis* fu nell'età di mezzo uno di quei libri universali che hanno la più grande efficacia sulla civiltà.

La ragione umana parve impotente a muovere da se medesima i primi passi; come in filosofia fu dapprima ancella della teologia, in giurisprudenza si appoggiò anzitutto completamente alla guida venerata del *Corpus civilis* ove si ravvisava in pari tempo una legge, quella dell'imperatore, che continuava le tradizioni dell'antica Roma, ed una filosofia. L'àmbito della giurisprudenza coincideva con quello del diritto romano cui eran dedicate tutte le svariate lezioni negli antichi Studi, modellati sul bolognese. Appena rompevano quest'unità il diritto canonico e il diritto feudale. È vero che i nostri antichi legisti spiegando il diritto romano trattavano insieme argomenti di diritto costituzionale, penale, internazionale: onde la storia della giurisprudenza romana dall'età di mezzo ai tempi

nostri è insieme storia di molte odierne parti della giurisprudenza (1).

Ma alla fine di quell'età il pensiero rinvigorito col ritorno alle fonti classiche e all'antica pura filosofia prese nuove vie: in Italia sorse ben presto una famosa scuola di scrittori politici che dovette necessariamente presto o tardi far sentire la sua voce nelle università, dove i legisti già dal medio evo si credevano autorizzati a trattare argomenti d'indole politica (2). In Germania lo spirito d'indipendenza che aveva accompagnato e seguìto la riforma religiosa, doveva avviare a speculazioni filosofiche come quelle del Pufendorf, del Tomasio, del Wolf, alle quali la stessa teologia primitiva protestante era d'impaccio (3). La compagine secolare della giurisprudenza si rompeva facendo crollare lo sconfinato regno del diritto romano, quando appunto questo, ridotto ai suoi veri limiti, brillava nel secolo XVI di nuova luce, dopo aver fatto sorgere un pratico sistema di diritto diffuso in quasi tutta Europa. Le cattedre universitarie

(1) Cfr. il mio *Disegno di una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri con speciale riguardo all'Italia*, Padova 1888.

(2) Bartolo, *De regimine civitatis*, n. 6, dice: «Secundo videndum est quis sit melior modus regendi. Haec investigatio necessaria est iuristis etc.»; e segue dando le ragioni di tale necessità, poichè non si faccia alcuna riforma politica senza i giuristi. Cfr. pel di più la mia memoria nell'*Arch. giur.*, XXVI, p. 406.

(3) Cfr. Stintzing-Landsberg, *Gesch. der deutsch. Rechtswiss.*, III, München und Leipzig 1888, e la mia nota *Per la storia della giurisprudenza. Il periodo del dir. nat. in Germ.*, nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, XXXII, 1902, p. 404 e seg.

rimasero a lungo le stesse (1); ma fuori della scuola dominava scontentezza e desiderio di riforma degli studi. È rimasto celebre il piano di riforma del Leibnitz (1646-1716), filosofo, matematico e giurista (2), che vagheggiava molti nuovi rami della giurisprudenza.

Intanto in Germania il diritto costituzionale o dello Stato, che dir vogliamo, prese a fiorire nel secolo diciassettesimo principalmente con le discussioni intorno al concetto della sovranità, definite sin dal secolo precedente dal francese Bodin (3). Appunto sino dal secolo sedicesimo si discuteva sul regicidio, sugli assassinî politici, sulla resistenza armata al tiranno, sull'autorità delle assemblee sovrane degli Stati, ecc. L'opuscolo *Junius Brutus vindiciae contra tyrannos*, uscito verso il 1579 ed oggi rarissimo, è testimonio della condizione degli animi (4). Le antiche teorie dei legisti sulle relazioni tra principe e sudditi, tra principi e imperatori, dedotte dal diritto romano (5), non potevano bastare più. Si ricordi nondimeno che i glossatori

(1) Cfr. un quadro, che si può dir generale, nel mio libro *La scuola padov. di dir. rom. nel secolo XVI*, Padova 1888.

(2) *Nova methodus discend. doc. Iurisprud. ex art. didact. principiis in parte gen. praemissis exper. luce cum praef.* C. L. B. de Wolf, Lipsiae et Hallae 1748.

(3) *Les six livres de la République*, in f., Paris 1576. Nel 1586 usciva in Parigi la versione latina dell'opera, fatta dall'autore stesso.

(4) Cfr. Treumann, *Die Monarchomachen. Eine Darstell. der revolut. Staatslehr. des XVI Jahr.*, Leipzig 1895.

(5) Secondo Bartolo, *De tyrannia*, n. 32, il monarca « ex eo quod subditos affligit in corpore incidit in legem Iuliam ».

avevano trattato questioni di grande importanza politica come questa se il popolo possa deporre l'imperatore (1); e che nei postglossatori, specialmente in Cino (2), v'è tutta la dottrina dei rapporti fra la Chiesa e l'Impero. Ma si credeva di restare nel *Corpus iuris*.

Invece già dal 1598 l'italiano Alberico Gentili aveva tentato di staccare il diritto internazionale dal diritto romano, stimando questo guida insufficiente (3). Tenne la stessa via l'olandese Grozio, che si gloriava di aver trattato per primo del *ius inter populos aut populorum rectores* (4).

Ma soprattutto veniva una tendenza innovatrice nel tradizionale studio della giurisprudenza dal così detto *diritto naturale*, che criticava spregiudicatamente il *gius romano* (da cui infine aveva preso le mosse) e voleva essere il diritto razionale per eccellenza in antitesi al positivo; un diritto che si diceva già confuso con la teologia, con la filosofia, col diritto positivo e che costituì la scienza prediletta del secolo decimottavo. Invero si doveva emancipare l'individuo dalle secolari tirannidi che

(1) Glossa ad l. 9. D. *de legib.*, 1, 3. La dottrina poi si trova in Cino da Pistoia, Raniero da Forlì, Bartolo; ma è contraddetta da Baldo. Cfr. la mia citata memoria *Arch. giur.*, XXVI, p. 423.

(2) Cfr. soprattutto Chiappelli, *Vita e opere giur. di Cino da Pistoia*, Pistoia 1881, p. 105 e segg.

(3) *De iure belli*, I, 1.

(4) *De iure belli ac pacis proleg.* A ragione osserva il Walker, *A history of the law of nations*, I, Cambridge 1899, p. 336: « Modern International Law may date its beginnings *as a distinct branch* of scientific study from the labours of Hugo Grotius »; ma egli stesso fa notare le relazioni fra il Grotius e il Gentili.

l'opprimevano: il diritto naturale lo considerava quindi pietra angolare della nuova scienza che doveva riformare i codici e la civile società. Le teorie della rivoluzione francese erano già state professate in Germania (1) ed avevano precursori fra noi (2).

Così il diritto penale già nel secolo decimottavo si era emancipato dal diritto romano. Le scienze sociali sorgevano; la economia pubblica aveva già un ampio dominio. Ancora un passo e ai principî del secolo decimonono troviamo nelle università il diritto costituzionale e il diritto amministrativo nati e cresciuti in Francia sotto il primo impero.

Durante il secolo testè caduto e sotto i nostri occhi la giurisprudenza ha continuato e continua ad essere mossa, quasi mare in burrasca, da forti e spesso contrarie correnti. Nuove, ma ardite discipline, come le scienze sociali e più la sociologia (§ 37), scuotono, si può dire da capo a fondo, le tradizionali categorie della giurisprudenza.

Il diritto romano era stato un tempo il più saldo legame fra tutti quelli che credevansi i soli rami della giurisprudenza; ma ben presto si sentì la vastità di questa scienza, che pareva crescere di

(1) Cfr. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwickel. der natur. Staatstheor.*, 2.ª ediz., Breslau 1902, p. 86 e seg.

(2) Rava, *La filosofia civile e giuridica in Italia prima della rivoluzione francese* nel period. *Il Filangieri*, XVI, n. 7. Cfr. pure la diligentissima opera di G. Cimbali, *Nicola Spedalieri pubblicista del sec. XVIII*, Città di Castello, 1888. Offre già un bel quadro il Forti, *Istit. civ.*, Firenze 1840. I, p. 519 e seg. ed ora lo Schupfer, *Man. di stor. del dir. ital.*, 3.ª ed., Roma 1904, p. 741 e seg.

giorno in giorno e cominciarono le enciclopedie. Le quali nondimeno son di vario tipo; nè tutte si possono paragonare alla moderna nostra introduzione allo studio della giurisprudenza (1). Alcune son dei completi sistemi di diritto civile ed ecclesiastico (2) o anche di tutto il sapere. Altre son sistemi di diritto civile, piuttosto degni di ricordo nella storia dei tentativi sistematici (§ 18), che quì, dove pur meritano un fugace cenno per il loro scopo di facilitare lo studio del diritto (3). Anche servivano in antico di avviamento allo studio della giurisprudenza i frequenti libri *de modo studendi in iure* che divennero un tradizionale genere letterario atto a dare canoni di metodologia, ravvisata infatti sino ai dì nostri come parte dell'enciclopedia giuridica. A questo genere si deve forse pur collegare la *Nova methodus* del Leibnitz, al quale spetta senza dubbio il merito di aver chiaramente inteso e sostenuto la necessità di fornire agli scolari un corso teorico elementare di carattere propedeutico per avviarli allo studio più approfondito del diritto (4). A tal fine qualche romanista aveva già cercato di far servire i propri scolii a certi passi del Digesto, come la l. 2 *de*

(1) Cfr. per una copiosa bibliografia la mia voce *Introd. enciclop.* nella *Enciclop. giur. ital.*

(2) Come lo *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante, scritto da lui fra il 1287 e 1291. Savigny, *Stor. del dir. rom. nel medio evo*, vers. Bollati, II, p. 535.

(3) Così l'*Ars magna* di Raimondo Lulli, Savigny, op. cit., II, p. 333, III, pp. 484-485; il *Syntagma iuris universi* di Pietro Gregorio di Tolosa; la *Dicaelogia* dell'Althusius, ecc.

(4) Hartmann, *Leibnitz als Jurist und Rechtsphil.* Tübing. 1892, p. 21.

origine iuris, che prestavansi a fornire notizie di indole storica e concetti generali (1).

I *collegia praeparatoria* cominciano in Germania nel secolo decimottavo (sebbene qualche cosa di simile pur si desiderasse già al principio di quel secolo (2) anche presso di noi); pare che il primo, a Lipsia, rimonti anzi al 1685 (3). Ma soltanto il 1757 il Pütter pubblicava quella sua *Enciclopedia e Metodologia giuridica* che, essendo un libro di grande opportunità, doveva avere tanta importanza come modello dei libri di questo genere. Il Pütter presenta una buona distinzione della materia in quelle branche principali che si volevano constituire come disciplina a sè: diritto naturale, delle genti, pubblico tedesco, privato romano e tedesco suddivisi poi in civile e penale. Vengono quindi i diritti particolari: ecclesiastico, feudale, di singole classi (principi, commercianti). Vi si può ravvisare il risultato dei precedenti tentativi sistematici (4), e insieme un'immagine prima che, su per giù, si è riflessa in tutti i posteriori manuali di enciclopedia giuridica. In breve infatti tutte le università tedesche ebbero corsi di enciclopedia giuridica: non pochi dei più illustri romanisti, cominciando dallo Hugo, la in-

(1) Così lo Zasio. Cfr. Schmidt, *Zasius und seine Stell. in der Rechtsw.*, Leipzig 1904, p. 56.

(2) Sotto la forma di cattedre di erudizione e di storia di ogni facoltà: cfr. Maffei, *Parere intorno al sistema dell'Università di Padova*, negli *Opusc. letter.*, Venezia 1829. Ma il parere è del 1715.

(3) Hugo, *Civil. Magaz.*, II, p. 378; Falk, *Jurist. Encycl.*, § 25.

(4) Stintzing-Landsberg, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.*, III, 1, p. 337-338.

segnarono e ne pubblicarono manualetti tuttora pregiati (1).

E se in Germania si restò in essi ristretti alla pura cerchia dei diversi rami del diritto, è notevole che in Austria sin dai primi del secolo decimonono (e perciò anche nelle università delle regioni d'Italia ad essa soggette) si pensò ad introduzioni enciclopediche allo studio, come dicevasi, politico-legale (2).

La cattedra di enciclopedia giuridica fu istituita assai presto anche in Olanda (dalla università di Amsterdam deriva la famosa enciclopedia del Den Tex) ed in Francia, auspice il filosofo V. Cousin, ministro della pubblica istruzione, nel 1840. Da Strasburgo ci proviene il manuale dello Eschbach. Un decreto reale del 1.° ottobre 1842 la istituiva anche in Spagna sotto il titolo di *Prolegomenos del Derecho*. E, per tacere di altri paesi, anche fra noi l'insegnamento dell'enciclopedia giuridica fu tra quelli che la legge Casati del 1859 riconobbe necessari per lo studio della giurisprudenza. Ricorderemo qui i libri dello Zambelli, dell'Albini, del Boncompagni, del Buniva, dell'Ambrosoli, del Pepere, del Buonamici, del Filomusi-Guelfi, del Del Giudice sotto il titolo di introdusione allo studio del diritto o di enciclopedia giuridica.

(1) Così il Puchta, lo Arndts, l'Unterholzner, ecc.

(2) Cfr. ad es. De Hess, *Introd. enciclop. metod. allo studio polit.-leg.*, vers. Brambilla, Pavia 1820; Zambelli, *Saggio sopra la introd. encicl. allo studio pol.-leg.*, Bergamo 1823; Ambrosoli, *Introd. alla giurispr. filosofica*, Milano 1846. Vaste idee di riforma della giurisprudenza nel professore padovano Poli. *Saggi di scienza pol.-leg.*, Milano 1884, Saggio primo.

L'insegnamento è rimasto dovunque e può dare i migliori frutti se si evitano, almeno sino dove è possibile, certi scogli. L'uno è che si deve presentare un completo disegno dell'odierna giurisprudenza; noi non dobbiamo mostrare ai giovani soltanto l'ala vecchia del nostro palazzo (come fa chi persiste a limitarsi ad un'enciclopedia giuridica); ma anche la nuova e quella in costruzione. Giurisprudenza non vuol dire ormai soltanto un numero più o meno grande di corsi di diritto positivo con un corso di diritto filosofico, quasi a mo' di fregio. È oggidì una scienza che ha allargato le proprie analisi a tutto il corpo sociale e al lume di esse formola i rapporti che diciamo giuridici (§ 13).

L'altro scoglio da evitare è in stretta relazione col metodo. Tutti i manuali di enciclopedia si possono raggruppare secondo certe principali scuole o tendenze filosofiche (1). Ma, dal più al meno, tutti hanno il torto di cominciare con concetti e categorie astratte che i novizi non comprendono; d'incatenarli a definizioni tradizionali di valore dubbio; di presentare come immutabile ciò che si è continuamente mutato e si muterà più o meno celeremente. Si arriva forse col metodo in uso a imprimere nella memoria dei giovani una specie di nomenclatura giuridica; ma si ha il torto di isolare il diritto che per la sua essenza non può essere isolato e di non offrire alcun'idea delle forze che lo producono e delle condizioni del suo svolgimento (2).

(1) Un tentativo di classificazione da questo aspetto si ha nello Ahrens, *Encicl. giur.*, vers. Eisner e Marenghi, Milano 1857, p. 16, n. 2.

(2) Bellissime osservazioni dello Halban nella monografia citata sopra, nella prefazione a questa edizione.

Bisogna infondere sin dal primo istante nei giovani il sentimento della mutabilità del diritto, cioè a dire del legame continuo fra le istituzioni giuridiche e le condizioni della vita civile dei popoli e persuaderli con opportune analisi che i concetti anche semplici dell'odierna giurisprudenza, più che improvvisi raggi di luce, si son maturati a poco a poco, almeno per la generalità degli uomini; e spesso fra mille difficoltà. Diritto, diritto privato, diritto pubblico, giurisprudenza, son formazioni storiche a cui dobbiamo far assistere i novizi (1).

Ecco appunto il mio desiderio: questo libro ebbe e conserva un carattere prevalentemente storico. E vuole anche mostrare come le discipline della giurisprudenza si siano formate obbedendo a certe tendenze in armonia coi bisogni della civil società.

---

(1) Cominciare presentando al novizio un casetto giuridico (come fa il Merkel, *Jurist. Enciclop.*) può essere utile; ma non offre alcuna idea del diritto, quale formazione storica, e del modo in cui vuole il tecnicismo giuridico che noi analizziamo, un caso pratico (cfr. più sotto § 13).

CAPITOLO II.

Del metodo nello studio della giurisprudenza

---

§ 3.

Il positivismo nella giurisprudenza. — La relatività del pensiero.

Ogni scienza studia un ordine di fatti; una scienza vera e capace di dare buoni frutti non deve ammettere che il fatto. Nella scienza positiva ogni affermazione dev' essere garantita da un fatto reale (1). La filosofia (2) che dicesi positiva (appunto perchè vuole la garanzia dell'osservazione e dell'esperimento del fatto) fa uso pel proprio lavoro scientifico della mente umana al modo stesso che ne fa uso la chimica, la fisica, etc. (3). Sino dal secolo decimosesto la filosofia affermò queste verità nelle scienze naturali, che vennero così a conqui-

---

(1) Ardigò, *Opere filosofiche,* II, p. 344: « Il reale è ciò che è dato dall'osservazione ». E può essere anche un'osservazione indiretta, come per la psiche. Ardigò, *Opere filosofiche,* III, pag. 105 e seg.

(2) Come filosofia ammette necessariamente una funzione logica del pensiero, che soltanto i semidotti credono esclusa da noi.

(3) Fin qui mi sono servito delle parole dell'Ardigò, *Opere filosofiche,* I, p. 103, V, p. 15 e 17, IX, p. 359.

stare una propria indipendenza quali scienze di osservazione in antitesi alle scienze del ragionamento, della speculazione o dello spirito, come si prese a dire. Questa fallace distinzione che dura tuttora (1), si fonda principalmente sull'equivoco che si possano osservare soltanto i fatti materiali e che rimpetto a certi fatti di ordine diverso come il sentimento morale e sociale, la società civile, il diritto ecc. la mente nostra si possa condurre in modo diverso che rimpetto ai primi.

Nell'ordine dei fatti della vita sociale, alla mente nostra si vorrebbe insomma ascrivere il superbo còmpito di creare principii, anzichè formularli rintracciando, comparando, raggruppando i fatti stessi. La filosofia positiva non accetta diversità di metodo in alcun ordine di fatti; si può dire che tale affermazione risponde, pei fatti che entrano nella cerchia della giurisprudenza, alle migliori tradizioni antiche e moderne che il giurista custodisce (§ 5).

Quella ricerca che è consona all'odierna filosofia scientifica, vuole pertanto revocare sotto il suo esame così i fatti fisici come i morali. Invero per noi è *fatto* tutto ciò che si può osservare. Quindi esaminiamo i fatti che avvengono in noi stessi per mezzo della psicologia: di essa a torto il Comte negava la possibilità. Il positivismo italiano fu dapprima sotto la grande efficacia di lui (2); ma

(1) In corrispondenza al dualismo stesso del Kant nel suo concetto del mondo: Windelband, *Lehrb. der Gesch. der Philosophie*, 3.ª ed., Tübing. und Leipz., 1903, p. 531.

(2) Sul Comte cfr.: De Roberty, *La philosophie du siècle*, Paris 1891; *A. Comte et H. Spencer*, Paris 1891; Lewy-Brühl, *Le cent. d'Aug. Comte*, in *Rev. des deux mond.*, 15 gennaio 1898, p. 394, 423; *La philosophie d'Auguste Comte*, Paris 1900.

ripugnava appunto più che mai al nostro ingegno, che egli avesse tolto la psicologia dal novero delle scienze, degradandola ad una fisiologia cerebrale. Una delle cause per cui dal 1870 in poi si diffusero fra noi le dottrine dello Spencer (1) fu appunto l'aver egli nel suo positivismo, che a noi parve più largo e soddisfacente, ridato un degno posto alla psiche umana e alla scienza che la studia.

Il positivismo italiano ascrive oggi grande valore alla psicologia (2) e con le qualità della psiche umana spiega i fatti anche i più importanti che cadono sotto l'osservazione del giurista (§ 15). A questo positivismo convengono egregiamente le odierne tendenze psicologiche nello studio del diritto (3). La opinione che certi fatti sociali siano da studiare al lume della psicologia è antica presso di noi (4); come non ci giunge nuova una psicologia delle menti associate (5) o psicologia dei popoli, di cui ora si ravvisano altrettanti fenomeni, la lingua, il mito, il costume (6). Mediante questa psi-

(1) Cfr. Ranzoli, *La fortuna di H. Spencer in Italia*, in *Riv. di fil. e scienze aff.*, VI, 1904, p. 227-228.

(2) L'Ardigò ha cooperato efficacemente a ciò.

(3) Buoni saggi: Vacchelli, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*, Milano 1895; Miceli, *L'indirizzo psicologico nella filos. del diritto*, in *Riv. ital. di sociol.*, VII, 1903, p. 7 e seg.; Solari, *L'indir. psicol. nelle scienze giur.*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, XXXIX, 1903, p. 355, 390.

(4) Cfr. Vadalà-Papale, *Dati psicol. nella dottr. giur. e soc. di G. B. Vico*, Roma 1889.

(5) Così la disse Carlo Cattaneo nei *Rendic. Ist. lomb. cl. sc. mor.*, 1867, p. 182 e seg.

(6) Tale è il piano dell'opera del Wundt, *Völkerpsychολog.*, I, *Die Sprache*, 2.ª ed., 1904.

tologia indaghiamo i sentimenti più intimi delle varie stirpi e li vediamo rispecchiati nelle grandi come nelle piccole manifestazioni della vita loro, sin dove oggi penetra l'indagine storica scendendo dalle sommità nelle quali era un tempo confinata. Se lo studio dei fatti ci avesse adusato ad un gretto materialismo e fosse vero che la scuola storica « fait de l'homme un composé matériel qui place en première ligne ses appetits gastriques » (1) non si comprenderebbe un'attitudine del nostro intelletto perfezionata in specie ai dì nostri. In niun tempo, osservava splendidamente il Messedaglia (2), erasi così adeguatamente come oggi compresa ed apprezzata l'importanza di quelli stadî, dominati dalla spontaneità inconsciente, che sono più vicini alle origini e rispondono in certo modo allo stato primo, embriogenico degli esseri, giammai la poesia popolare e le epopee nazionali, la formazione dei miti e delle leggende, la genesi dei costumi e il vagito primo delle lingue, non avenno incontrato sì accorti discopritori ed interpreti. Abbiamo qui dei fatti d'indole morale e ideale poichè spezziamo il mito, laceriamo la leggenda, analizziamo i prischi costumi per discoprire il ottuso e spesso rudimentale pensiero che plasmò queste manifestazioni dell'umana attività.

---

(1) Parole di Ledru-Rollin, *De l'influence de l'école franç. sur le droit*, etc., in *Journ. de palais*, *Répert. gén.*, I, p. LVI, 1845. Dall'alto aspetto della filosofia la distinzione del positivismo dal materialismo è egregiamente fatta dall'Ardigò, *Opere filosofiche*, IX, pag. 111-119, 306; 307, 349, 350.

(2) *Della scienza nell'età nostra, ossia dei caratteri e dell'efficacia dell'odierna cultura scientifica.* Disc. inaug., p. 10, Padova 1874.

I fatti che la giurisprudenza studia, prendendo ad esaminare certe relazioni degli uomini fra loro, son naturali al pari di tutti gli altri. Noi pure coltiviamo una scienza dei fatti naturali, che si può anche dire una storia della natura umana e delle sue relazioni col sistema dell'universo, riguardata sotto di un aspetto or più, or meno astratto (1). L'uomo infatti esiste, vive e movesi nel seno della natura, nè può sottrarsi alle sue leggi necessarie di fatto. Tutto quello che egli è e che può fare sono risultati generali e prove della sua fisica dipendenza dal concatenamento generale constituente il sistema dell' universo (2). Così l' osservazione scientifica, non per arbitrio subiettivo, sivvero per un esame obiettivo dei fatti medesimi deve discoprire in essi quel naturale legame che ci trae a grado a grado ad un concetto dinamico dell' universo, ad una dottrina sintetica dell'evoluzione. Dall'analisi dei fatti che sono obietto di ogni scienza si sale ad una sintesi; dalle singole sintesi ad una

(1) La definizione è del Romagnosi, *Introd. allo studio del dir. pubbl. univers.*, in *Opere*, Firenze 1832, seg. II, § 18, p. 9. Qui troviamo le belle parole di lui che dopo morto è più vivo di prima: « Senza di ciò (intendi quella scienza dei fatti naturali) la scienza del diritto e l'arte sociale sarebbero pure chimere. Ogni scienza deve riposare su i fatti, e non vi è in questo differenza fra una buona fisica, una buona morale, una buona politica, un buon diritto ».

(2) Anche qui ho trascritto le parole del Romagnosi, op. cit., § 89, p. 82. Su queste idee di lui cfr. Vanni, prefaz. alla *Giustizia* di Spencer, trad. Santarelli, Città di Castello 1893, p. XV, e N. Tamassia, *G. D. Romagnosi e la mod. filos.*, in *Atti e memorie Acc. di Padova*, N. 1, XIII, 1897, p. 89 e seg.

generale che comprende tutti quanti i fenomeni. Dalla varietà si eleva la mente dello scienziato all'unità; così una è la forza produttrice di tutti i fenomeni, una la formola che ne esprime la successione. Non vi sono soluzioni di continuità fra le singole discipline e la dimostrazione del legame vicendevole che tra esse discopriva di già l'antica filosofia (1) è il più alto còmpito dell'odierna filosofia scientifica.

Noi possiamo riconoscere la naturalità dei fatti giuridici e sociali così tranquilli in coscienza come il padre Secchi quando affermava la naturalità vera dei fenomeni in tutta la estensione e in tutta la durata del mondo (2). Noi studiamo i fatti e le loro cause immediate; le cause ultime o prime che dir si vogliano restano fuori della nostra osservazione. Il grande problema filosofico della relazione fra il conoscibile e l'inconoscibile esce dalla cerchia del giurista (3); per noi anche la psiche umana è un fatto di cui indaghiamo soltanto la formazione storica e l'efficacia continua e diversa.

Chi dice ordine di fatti naturali si serve di una

(1) Cicero, *Pro Archia*, c. 1, osserva secondo Platone: « omnes artes quae ad humanitatem pertinent, habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur ». Cfr. *De orat.*, III, 6: « omnem doctrinam harum ingenuarum et humanarum artium uno quodam societatis vinculo contineri ».

(2) Giustissima osservazione dell'Ardigò, *Opere filosof.*, II, p. 338.

(3) Io resto rigidamente fedele al canone che il positivista non può conoscere le « essenze e le cause » (Ardigò, *Opere filosofiche*, I, p. 207). Nè il mio positivismo contrasta alle opinioni religiose.

formola astratta, che stacca ciò che non è realmente staccabile. Tutti i fatti sono fra loro concatenati in un grande organismo o, a dir meglio, in una serie di organismi dipendenti l'uno dall'altro. Il fatto che il giurista ha sempre sott'occhio, cioè il fatto sociale, la società civile, è anch'esso un grande organismo. Lo stesso concetto di ordine è astrazione da ciò che si osserva in un momento; ad ogni ordine può succederne un altro. La natura è in continuo movimento: alla legge del moto non si sottrae il fatto naturale della società civile. Anche qui il concetto dell'antica filosofia (1) è vivo nella moderna. La quale cerca formole per determinare nel modo che a ciascuno sembra più appropriato il moto continuo delle umane cose (2). Una parola che qui corre ormai sulla bocca di tutti è quella di evoluzione, esprimente un'idea men facile e semplice di quanto si suol credere dai più.

Qualunque sia l'ordine dei fatti, la mente umana segue la stessa via per conoscerli. Ecco un'affermazione che ha già di per se stessa un valore scientifico. Infatti ogni sistema filosofico non può non

(1) Ognuno legge, ammirando, i versi di Lucrezio, *De rer. nat.*, II, 69:

Et quasi longinquo fluere omnia cernimus aevo
Ex oculisque vetustatem subducere nostris

e altrove, V, 288:

. . . . *omnia migrant*
Omnia commutat natura et vertere cogit.

(2) A ciò si riduce anche la involuzione e la evoluzione dello Spencer, *First Principles*, § 97. Ed ebbero lo stesso scopo le formole del progresso, dei corsi e ricorsi storici, ecc.

ascrivere un determinato valore al fatto della conoscenza; dall'essere concepito nell'uno piuttostochè nell'altro modo si può dire che derivino le essenziali differenze dei sistemi filosofici. Tanto il positivismo di Augusto Comte, quanto lo evoluzionismo critico di H. Spencer hanno a base un postulato: la relatività della conoscenza, l'invincibile limitazione dell'intelletto, l'intrinseca impossibilità di nozioni assolute (1).

Questo concetto fondamentale della relatività della nostra conoscenza, già affermata dal sommo Galileo (2) passa attraverso lo Hobbes, il Cartesio, il Locke, il Kant, per arrivare ad essere uno dei principî più certi della moderna filosofia positiva. Nell'ampio dominio della giurisprudenza spicca ovunque questa relatività che, ricorrendo alle parole dei filosofi (3), possiamo riassumere qui nei punti per noi più importanti.

a) Il pensiero umano è relativo al tempo e al luogo in cui si forma. Ciò perchè ogni fatto naturale è legato al « fatto universale di tutto l'insieme infinito delle cose onde proviene l'apparato speciale

---

(1) Vanni, *Saggi di filosofica sociale e giuridica*, Bologna 1906, p. 209.

(2) Specialmente nel cap. XXIII del *Saggiatore*. A torto lo Höffding, *Gesch. der neuer. Philos.*, Leipzig 1895, I, p. 573, n. 37, attribuisce al Naterp, *Ueb. die Descartes Erkenntn.*, Marburg 1882, di aver, per primo, posto attenzione a quel capitolo del *Saggiatore*. In Italia il passo era ben noto da questo suo speciale aspetto. Si vegga la stessa edizione scolastica delle *Prose* di Galileo, Firenze 1868, curata da A. Conti. E già l'Ardigò sino dal 1890, *Opere filosofiche*, I, p. 161 e n. 151.

(3) Ardigò, *Opere filosofiche*, V, p. 509-515, VI, p. 436-439; Spencer, *First princ.*, p. I, c. 4.

in cui si verifica e la forza che ne scatta e vi si trasforma ». Ogni nostra conoscenza deriva dal senso: il pensiero non è in ultima analisi che la sensazione stessa; ma le combinazioni delle sensazioni elementari e le loro specificazioni sorgenti sin alle più elevate « idealità sociali » (§ 36) dipendono dal tempo e dal luogo. Dal tempo perchè ogni pensiero è relativo al grado raggiunto dalla psiche umana in un certo momento. Dal luogo, sì per la diversità delle sensazioni elementari cagionate da quell'insieme infinito e diverso di cose di cui l' uomo è parte, sì per la efficacia dell'altrui pensiero cui ogni uomo è soggetto. In questa efficacia si accordano come fattori il tempo ed il luogo; e ci spiegano la relatività della logica umana riducendo anche ad una formazione storica il cosidetto senso comune.

La logica comune del pensiero di un europeo del secolo decimonono è l'accumulamento dei lavori logici di tutti i precedenti fissatisi nel patrimonio cogitativo generale e imposto ad esso indeclinabilmente dalla eredità fisiologica, dalla educazione, dalla lingua, dalle istituzioni, dall'arte, dalla convivenza (1). E così si corregge anche l'errore che certe nozioni siano assolute e buone per tutti i luoghi, mentre si può invece fare una distribuzione geografica dei concetti e seguirli a grado a grado fuori del luogo ove nacquero. In America passarono efficacemente nel secolo decimottavo le idee del Locke, del Pufendorf, del Montesquieu, preparando i posteriori *bills of rights* (2); ivi s' infiltrarono poi molti concetti giuridici europei mediante

(1) Ardigò, *Op. filosof.*, III, p. 445.

(2) Jellinek, *Die Erkl. der Mensch. und Bürgerr.*, pagine 53, 54.

i codici modellati sul napoleonico; e ciò accade ora nel Giappone. In India ve li portò la conquista inglese. Così la cultura e la logica dell'americano, del giapponese, dell'indiano, che siano sufficientemente istruiti, non si può spiegare senza gl'innesti di quest'educazione, i quali da essi vengono adoperati e trasformati. E poichè il nostro pensiero è relativo a tutto l'insieme delle condizioni, dei bisogni, delle tendenze di ciascuna età e si determina per gli stimoli che partono da tutto questo complesso di forze è necessario non trascurare alcuna di esse. Efficace è qui anche la suggestione delle menti privilegiate. Come in ogni specie alcuni individui son migliori di altri e spesso fanno da guida, così nella specie umana la formazione del pensiero dipende, nella sua rapidità ed efficacia presente e futura, dal numero di quest'individui privilegiati. Essi suggeriscono idee ai coetanei, questi a coloro che nascono da loro. Si formano così le solide basi del senso comune, diverso anch'esso secondo i luoghi e i tempi; i più lo credono un effetto spontaneo della mente umana ed è invece un lavoro che, dapprima individuale, divenne poi impersonale e collettivo e fruttificò nella storia (1).

b) Il pensiero umano è un ideale relativo al reale corrispondente o, come si può anche dire, una rappresentazione di un opposto rappresentato. Non è il pensiero la cosa in sè; ma l'effetto verificatosi nell'uomo per la cosa, la cui essenza egli pertanto non può mai conoscere. Dei fatti sociali noi non abbiamo adunque che delle rappresentazioni ideali relative al modo come funziona il

(1) Cfr. Ardigò, *Op. filosof.*, VI, p. 273 e seg.

nostro intelletto tramutando in pensiero la sensazione.

c) Il pensiero acquistato è relativo ad un pensiero da acquistarsi. La mente umana si ferma per necessità su singoli punti o singole cose che poi lega insieme nelle proprie operazioni logiche, a quella guisa che le appariscono collegate nella realtà. Nel conoscere l'essere e l'agire delle cose e gli ordini e le leggi di questo agire, adunque il pensiero non afferra in un lampo tutto ciò che è e come è realmente; ma progredisce a poco a poco, e così le rappresentazioni si fanno più chiare e complete. Nondimeno resta sempre un' infinita cerchia d' ignoto oltre ciò che a poco a poco è stato conosciuto. Fu detto a ragione (1) che tutti i sistemi metafisici prendono un lato o un rapporto della realtà e lo pongono a base di tutti gli altri, copiando così in sostanza una parte della realtà stessa. Nei fatti umani si cade nei più gravi errori credendo che il pensiero acquistato e consacrato forse dalla tradizione non sia tuttora relativo ad un altro pensiero da acquistare. La scienza tutta quanta vive invece e prospera per la convinzione di questa relatività.

d) Il pensiero dell'uomo è relativo ai mezzi di cui è fornito per conoscere le cose o, a dir più esattamente, per averne delle rappresentazioni ideali. L'uomo conosce fin dove i sensi gliene dànno il potere; ma non può fare a meno di contrapporre di continuo queste cose che conosce a tutte le altre secondo lui conoscibili quando fosse fornito di altri sensi e di una potenza maggiore di quelli che pos-

(1) Siebeck, *Vierteljarsschr. für wissensch. Philosoph.*, II, p. 3 e seg.

siede. Tutti sanno le conquiste delle scienze fisiche per la moltiplicazione nell'uomo della potenza di osservare. Nella scienza dei fatti umani non si è ancor giunti ad eguale perfezione; guardandoli nel loro naturale teatro che è la storia, la potenza di osservazione è qui pure relativa ai mezzi di cui l'osservatore dispone. Come a colui che sale una montagna l'orizzonte si allarga attorno, così a chi guarda la successione dei fatti umani nel tempo. Onde avviene che, anche riguardo ai mezzi di cui l'uomo dispone per far sorgere fra sè e le cose quel rapporto che diciamo conoscenza, noi non abbiamo che rappresentazioni del finito, del mutabile, del relativo ad un luogo e ad un tempo.

Pertanto ogni scienza umana, e quella dei fatti giuridici e sociali, è scienza di fenomeni: il che è a dire del relativo. Ma da varie parti si fa l'accusa di ridurre così la giurisprudenza ad un elenco di fenomeni, in cui il variabile impedisce ogni forma logica o concetto ideale del massimo di questi fenomeni che è il diritto; e di costringere l'osservatore all'indifferenza per il fenomeno. Fervono appunto nella filosofia del diritto le dispute sul modo di pervenire alla definizione del concetto del diritto (1). Non si deve escludere la possibilità di uno schema ideale dei fatti mutabili; della stessa psiche umana che ha manifestazioni diversissime nel tempo e nello spazio si può dare un concetto astratto (2). Il diritto è bensì un fatto; ma non

(1) Cfr. il recente Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna 1905, e *Il concetto del diritto*, Bologna 1906.

(2) V. questo schema nell'Ardigò, *Op. filosof.*, III, p. 53, 75 e seg., IX, p. 128.

si può dire che il fatto abbia sempre attuato tutto il piano ideale dell' uomo (§ 15). Il positivismo non esclude nella giurisprudenza neppure il problema del dover essere o, come dicono, deontologico. Chiedeva il Romagnosi (1): « Quale sarà il criterio per decidere se questo fatto (il mero positivo) sia giusto o ingiusto, opportuno o non opportuno, necessario o arbitrario? Mai senza il criterio delle naturali necessità non si potrà avere una norma ». Gli si può rispondere che appunto il filosofo positivista, interpretando la natura umana e scomponendo nei suoi fattori il fatto naturale delle « idealità sociali » (§ 36) vi trova i criterii per giudicare il « mero positivo » o fatto giuridico (2).

§ 4.

Metodo di ricerca e metodo deduttivo.

Due metodi fondamentali distingue la logica: l'induttivo e il deduttivo. Vedere qual relazione corra fra l'uno e l'altro nella giurisprudenza non è soltanto un problema di logica formale; ma di

(1) *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, p. 28, n. 1.

(2) « Tale lavoro (dell'individuo e della società che producono l'idea) ha la sua ragione nella stessa natura per la quale agiscono, come la forma che assume il seme germogliando » (Ardigò, *Opere filosofiche*, I, p. 220). Sul disinteresse come correlativo dell' idealità sociale (Ardigò, *Opere filosofiche*, III, p. 202) e sul loro carattere di *esigenza naturale* della vita umana e perciò di criterio deontologico cfr. Puglia, *R. Ardigò e il moderno positiv. etico-giurid. ital.*, nel volume *Nel 70.° annivers. di R. Ardigò*, Torino 1898, p. 185, 186, 194, 198.

sostanza delle cose e di funzione del nostro intelletto.

Finchè la giurisprudenza fu ristretta alla interpretazione dei testi romani visse con una logica che dicevasi aristotelica; ma era più che altro richiesta per disporre in un certo ordine artificioso di obiezioni, confutazioni, distinzioni, subdistinzioni, e somme gl'insegnamenti ricavati dai testi e di numero sempre crescente col succedersi delle generazioni dei romanisti.

La giurisprudenza razionalistica del secolo decimottavo fu deduttiva nel senso che si credeva di poter derivare da certi principî *a priori*, quasi assiomi inconcussi, eterni, non dubbî, tutte le regole del diritto (1): anche quelle che fossero necessarie per supplire le lacune dei codici. E poichè questi filosofi romanisti della scuola del diritto naturale vedevano concordare le loro deduzioni, credute da essi spontanee, con le massime del diritto romano, giudicavano tal concordanza una conferma della bontà di quelle loro deduzioni.

Ben si potrebbero dir queste pseudoidee, perchè essi partivano inconsciamente da reminiscenze di leggi e fatti storici; ossia da un insieme di verità scaturite da precedente esperienza. Come vedremo, anche le moderne scienze sociali nacquero fatalmente con metodo deduttivo, parendo questo il solo mezzo di emanciparsi dal diritto storico e fu anche creduto dapprima che i moderni Codici si potessero attuare in via deduttiva. Ma ben

(1) Cfr. la mia nota citata a p. 6 n. 3. V. l'energica affermazione del carattere deduttivo di tutta la dottrina del diritto in Zeiller, *Il dir. priv. univ.*, trad. ital., Milano 1826, p. 5.

presto tutta quanta la giurisprudenza si rinsanguò col metodo induttivo.

Dicesi induzione (1) quel processo della mente umana in virtù del quale vengono scoperti e dimostrati giudizi e concetti generali. È pertanto un generalizzare o allargare la nostra esperienza: una conclusione che quanto ci appare in certe circostanze si attuerà pure in tutte le circostanze che a queste sostanzialmente somigliano. Alla induzione son necessarie alcune operazioni della mente (2). La prima è l'osservazione (esempio: presso il popolo *a* alle origini tutto il diritto è avvolto da simboli); la seconda è il collegamento del fatto coi fatti simili onde si abbia la serie e si ottenga la legge, che è l'espressione di una serie costante di fenomeni (gli stessi o analoghi simboli ritrovansi anche nel diritto primitivo dei popoli *b*, *c*, *d*, ecc.). Alla seconda operazione si accompagna indissolubilmente la necessità dell'astrazione e della formazione dell'idea.

Vediamo tanti fatti: dicendoli eguali saliamo al concetto astratto o schema ideale di un fatto che in natura non esiste; ma è un'astrazione derivata dal generalizzare tanti fatti simili. Es.: il simbolo giuridico primitivo è la figura esterna fantastica del diritto. Chiunque fa uso dell'induzione dev'esser consapevole degli errori da cui può esser viziata (3).

(1) Lo studente deve leggere e meditare soprattutto la logica del Mill (vers. francese del Peisse, 5.ª ed., Paris 1894). Un utile libretto per impadronirsene è quello dello Schiel: *Die Methode der induct. Forsch.*, Braunsch. 1869.

(2) Cfr. Schiel, op. cit., pag. 13 e seg.

(3) Si vegga come anche in questo punto rettamente giudicasse il Romagnosi. Ben fece il Romano, *Riv. ital. di sociol.*, 1903, VII, p. 408-409, a ricordarlo: « La vera

una cerchia, che si può dire segnata dai suoi effetti immediati o almeno prossimi, poichè l'efficacia di ciò che avvenne è indeterminata e continua nella storia. Chi direbbe, ad es., che il cristianesimo abbia già prodotto tutti i suoi effetti? O che la rivoluzione francese non operi tuttora da certi aspetti?

Nello spiegare il passato con quell'osservazione storica che dicesi indiretta (1) noi possiamo proporci più o meno ampi confini, a quella guisa stessa che l'osservatore limita come vuole il suo campo di osservazione nelle scienze fisiche. Ma non per ciò resta spezzata la continuità della natura; nè si deve credere rotto in alcuna guisa il vincolo organico dei fatti sociali. Oggi si tende a costruire una giurisprudenza etnologica abbracciante grandi famiglie di popoli (2). Ma dicendo osservazione storica del diritto, anche se di più popoli e perfino di tutti i popoli, noi presupponiamo una di quelle limitazioni a pura comodità dell'osservatore. La storia del diritto non è che un ramo della grande storia di tutti i fenomeni constituenti la civiltà di un popolo (3). Consiglia la divisione di quella da questa, il bisogno di speciali attitudini in chi indaga quel fenomeno che noi diciamo giu-

---

(1) Op. cit., p. 5. Ma non ne viene che sia una scienza di puro ragionamento.

(2) Sono noti gli studî del Kohler, del Bernhöft, del Leist, del Post. Cfr. di quest'ultimo, *Einleitung in das stud. der etn. Jurispr.*, Oldenburg 1886 (bella versione del Bonfante, Milano 1906). Organo di questi importanti studî è la *Zeitschr. für vergl. Rechtsw.*

(3) Cfr. egregiamente Windscheid, *Gesammelte Reden und Abh.*, Leipzig 1904, p. 108-109, e su questa pubblicazione la mia nota in *Arch. giur.*, 3, s. III, 1903.

ridico. Ed in sostanza qui la logica delle scienze non fa che combinare nella giurisprudenza una parte della storia e dirigervi, con un certo fine, l'induzione sociologica (1). È certamente un ramo di storia divenuto scienza.

b) Per i fatti della vita sociale attorno a noi abbiamo il sussidio della statistica ormai sicura dei suoi procedimenti logici (2) e capace di rappresentare la miglior forma d'induzione nell'ordine dei nostri fenomeni (§ 32). Ma la ricerca statistica non ha natura diversa dalla ricerca storica e si potrebbe in certo qual modo dire storica anche essa (3).

Fuori della storia e della statistica non resta un margine per l'osservazione dell'uomo in sè?

Parve « un concetto ristretto sotto ogni rispetto » limitare la ricerca positiva in giurisprudenza alla ricerca storica e all'osservazione statistica. E fu detto essere « lo studio dell'uomo sotto tutti i suoi rispetti e di tutte le circostanze che lo attorniano... quello il quale costituisce la ricerca positiva per il giureconsulto » (4). Qui si cela un equivoco: noi studiamo l'uomo; ma l'uomo nella civil società: sotto *tutti i rispetti* e in *tutte le circostanze*

(1) Cfr. Vanni: *La teoria della conoscenza come indus. sociol. e l'esig. critica del positiv.*, in *Riv. it. di sociol.*, V, 1901, p. 549 e seg.

(2) Forse la statistica metodologica potrebbe far parte di un'introduzione di questo genere. D'altro avviso il Salvioni: *Ai confini della stat.*, in *Rass. di scienze soc. e pol.*, X, 1.° marzo 1892.

(3) Il Mohl, *Encycl.*, p. 745, pone la statistica fra le scienze politiche di carattere storico.

(4) Così il Landucci, nella citata recensione di questo libro (*Riv. it. sc. giur.*, 1892, XIV, p. 68). Per altri mo-

che lo attorniano ci viene rivelato dalla storia e dalla statistica. Di là dall'uomo parte del consorzio sociale resta, fra le nebbie, la solitaria astrazione, la quale non è diritto. Anche il diritto potenziale è un fenomeno sociale (§ 15). La psiche singola d'un uomo niente spiega al giurista pel suo fine speciale: appena appena può essere ridotta dal filosofo ad uno schema ideale, tanto per averne un' utile rappresentazione. Ma psiche umana è psiche sociale in ogni istante del suo esistere. E per ora noi non abbiamo mezzi migliori della storia e dalla statistica per studiare i fatti umani, che son base di relazioni giuridiche.

Pertanto il metodo di ricerca è induttivo. Se nondimeno immaginiamo raggiunto per induzione un numero di verità sufficientemente sicure, niente vieta di costituire con esse, logicamente concatenate, una scienza (1). La quale avrà quel grado di probabilità che le assicura la preparazione mediante il metodo induttivo. Per applicare i principî generali così raggiunti, è necessario anzitutto aver certezza che le supposizioni verificatesi per i casi da cui derivò la formolazione dei principî o « modelli ideali » corrispondono a quelle dei nuovi casi che vi si sottopongono. Chi dicesse: le co-

---

tivi invece (e qui si ha proprio una rispettabile differenza di scuola) avversa il metodo storico e statistico nelle scienze nostre G. Cimbali, *Le scienze morali e politiche, il loro metodo e i loro risultati*, Roma 1898, p. 34-35.

(1) Cfr. Vailati, *Il metodo dedutt. come metodo di ricerca*, Torino 1898, p. 36 e seg.; Levi, *Per un progr. di filosofia del dir.*, p. 37 e seg. Si osservi che il Mill, *Logique*, II, elevando a metodo della sociologia il deduttivo concreto presuppone sufficientemente note le leggi delle azioni e dei sentimenti umani (ivi, p. 489).

lonie si staccano dalla madre patria in Stati a sè conquistando l'indipendenza anche con le armi, dovrebbe supporre condizioni eguali a quelle delle colonie inglesi in America. Difficile è anche stabilire sino a che punto deve giungere l'induzione e se, raggiunte certe massime vere o credute verità, possa poi la mente trarne conseguenze senza farle più sindacare, verificare, sorreggere dall'induzione (1). Se avete trovato col metodo induttivo essere i mali sociali derivati dalla scomparsa della terra libera a disposizione del coltivatore, potrete dire senz'altro che il rimedio sta nel ricostituire la libertà del suolo? O dovrete anche con paziente lavoro d'induzione verificare se ciò è oggi possibile e fin dove è possibile?

L'insegnamento si attua, nella sua figura normale, col metodo deduttivo, metodo didattico per eccellenza. Infatti esso è una miniera di conseguenze o conclusioni da premesse (2). Noi offriamo nella scuola concetti generali che già son frutto o sintesi di massime rese via via più generali (§ 13); e da essi altri concetti o principî deriviamo, i quali si prestano ad altre deduzioni o filiazioni logiche. Un bellissimo e utile lavoro deduttivo è lo sviscerare il rapporto e istituto giuridico dal suo minimo schema ideale che è la definizione. Purchè lo studente sappia che la deduzione parte da premesse

(1) È notevole qui il disaccordo fra il compianto Messedaglia (*L'economia politica in relaz. colla sociol.* ecc., Roma 1891, p. 14) e il Loria (*La terra ed il sistema sociale*, Verona 1892). Il primo voleva che l'induzione accompagnasse tutto quanto il procedimento deduttivo. Il secondo vuole una piena libertà di deduzione da premesse ottenute induttivamente.

(2) Schiel, op. cit., p. 46 e seg.

che furono preparate con l'induzione e che ogni scienza non deve irrigidirsi in massime fuori di discussione, tutti i pericoli del metodo deduttivo come metodo didattico sono evitati. E se ne ottiene invece anche il vantaggio pratico di abituare il futuro giurista a dedurre nuove conseguenze dai principî scritti nella legge o ottenuti mediante analogia (1).

§ 5.

L'efficacia della scuola storica tedesca.

Si designa con questo nome specialmente una scuola di giuristi che nata alla fine del secolo decimottavo e fiorente nel decimonono si propose in Germania, con nuovi criterî filosofici e con tutti i sussidî dell'erudizione, d'investigare il diritto romano in ogni periodo dell'istoria di Roma. La scuola chiamò se medesima storica (2) per opporsi ad ogni altra che ammettesse una formazione istantanea, arbitraria, individuale del diritto di un popolo.

Noi dobbiamo attribuire grande importanza alla scuola storica perchè, rannodandosi anche alle opinioni di antichi romanisti (3), ha fatto trionfare nei moderni giuristi tutti quanti un certo spontaneo positivismo, che abbisogna soltanto di essere regolato e completato. Ecco perciò il bisogno di

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 3.

(2) Così la chiamò il duce della scuola, F. de Savigny, nel preambolo al primo volume della *Zeitschr. für Gesch. Rechtsw.*, 1815, p. 2.

(3) Cfr. il mio libro giovanile, *Fasti aur. del dir. rom.*, Pisa 1879, p. 142 e 217.

far l'analisi del nostro istintivo modo di pensare. Talune dottrine più ardite lottano assai prima di entrare nelle università, dove si formano tradizioni scientifiche di grande resistenza. L'umanismo non potè penetrare se non dopo lunga lotta nelle nostre scuole di giurisprudenza del secolo decimosesto. Per ciò che si riferisce alla ricerca positiva si era precorso nell'università, in specie in Germania, il rinnovamento filosofico, almeno in qualche lato: e di là erasi presto diffusa, come soddisfacimento di un bisogno intellettuale, in tutti i paesi civili una nuova tendenza negli studî del diritto. Erano giuristi, talora fraintesi e considerati come folli adoratori del passato i quali si ponevano sopra una via nuova, assai prima che il Comte pubblicasse il suo corso di filosofia positiva. Ei pure lo osserva in questo modo (1):

« Parmi les nombreux témoignages contemporains que l'on pourrait aisément citer de cette importante transformation, aucun ne me semble plus décisif que l'heureuse introduction spontanée qui s'est graduellement opérée, de nos jours, en Allemagne, au sein même de la classe éminemment métaphysique des jurisconsultes, d'une école spécialement qualifiée d'historique, et qui, en effet, a pris pour tâche principale de lier, à chaque époque du passé, l'ensemble de la législation avec l'état correspondant de la société; ce qu'elle a quelquefois utilement ébauché, malgré la tendence au fatalisme ou à l'optimisme qu'on lui reproche justement d'ordinaire, et qui résulte spontanément de la nature nécessairement incomplète et même équivoque de ces intéressants travaux encore essen-

(1) *Cours de philosoph. positive*, leçon 47 in fine.

tiellement dominés par une philosophie toute métaphysique ».

Questo giudizio del valore filosofico della scuola storica tedesca è errato, ma pur sempre preferibile alla trascuranza di tale importante aspetto di essa nei giuristi e nei filosofi, che si poteva dir generale fino a poco fa (1).

Noi possiamo considerare la scuola storica come una delle forme del positivismo (2) La stessa affermazione capitale di quella doversi studiare il diritto come frutto dello spirito dei popoli ed uno dei lati della loro opera collettiva, mostra che si era risolto in un modo piuttosto che nell'altro il problema della conoscenza. Non a torto è stato detto che essa ha fatto largamente trionfare nel diritto la relatività della conoscenza (3). E se anche la scuola storica non avesse posta per sua premessa fondamentale la relatività della cono-

(1) È inutile che adesso io vada spigolando giudizi sul valore filosofico della scuola storica, come nelle precedenti edizioni di questo libro. Ormai è convinzione generale. Il problema qui in Italia fu presentato da me in una memoria intitolata *I romanisti della scuola stor. e la sociol. contemp.*, nel *Circ. giurid. di Palermo*, XIV, 1883, p. 151-167. Su di essa scrisse una splendida memoria Icilio Vanni, ora nei *Saggi di filosof.*, p. 203 e seg. Cfr. per la storia della questione la mia citata memoria *Nel regno della filos. del dir.*, e per la recente conferma delle nostre asserzioni il mio articolo con lo stesso titolo del primo nella *Riv. it. di sociol.*, VI, 1902, p. 228 e seg.

(2) D'altro avviso il Carle, *La vita del dir. nei suoi rapp. colla vita soc.*, 2.ª ed., Torino 1890, p. 378; ma in sostanza siamo d'accordo.

(3) Cfr. Dal Vecchio, *Presupp. filos.*, p. 80 e segg. La massima ha acquistato un'universalità, che trascende i confini di una scuola. Ben dice il Gierke (*Die histor.*

scenza e la limitazione dell'intelletto (1), avrebbe egualmente diritto, qualora altri argomenti ricorrano, ad esser considerata come filosofia positiva. Invero la teorica generale della cognizione appare necessaria, prima di ogni speciale trattato, nella filosofia deduttiva, in cui appunto si debbono trarre conseguenze da un principio stabilito precedentemente; ma nella filosofia induttiva o sperimentale « le dottrine particolari hanno la loro ragione diretta nei fatti stessi sui quali si fondano e indipendentemente affatto da principî universali ai quali possano poi essere coordinate » (2).

Gustavo Hugo, che possiamo considerare come fondatore della scuola storica (3), visse in un tempo in cui aveva già grande efficacia, anche sui giuristi, la filosofia del Kant, e si prestava ad esser considerata da vari aspetti. Ora lo Hugo raccomanda ad ognuno dei suoi lettori una delle prime memorie del Kant, pubblicata il 1763 col titolo *Ricerca intorno alla chiarezza dei principî della teologia naturale e della morale, ossia intorno all'evidenza nelle scienze metafisiche*. Concetto fondamentale si è che la nostra conoscenza in tutte

---

Rechtssch. und die German., Berlin 1903, p. 8), che il contenuto di verità dell'aspetto storico del diritto è indipendente dalla speculazione filosofica sul fondamento primo di questo.

(1) Anche il Dilthey, *Einleit. in die Geisteswissensch.* I, Leipzig 1893, Vorw. p. XV, afferma che mancò alla scuola storica « ein gesundes Verhältniss zur Erkenntnisstheorie und Psychologie ».

(2) Belle parole dell'Ardigò, *Opere filos.*, I, p. V-VI.

(3) Si legga l'interessante conferenza del Landsberg *Kant und Hugo*, nella *Zeitschr. für das Privat- und öff. Recht.*, XXVIII, p. 670-686.

le discipline non matematiche deriva soltanto dall'esperienza ed è sicura solo in quanto si attiene all'esperienza. La memoria del Kant si opponeva così alla fallace tendenza, sino ad allora ciecamente, anzi entusiasticamente seguita, di cominciare, nelle scienze non matematiche, dalla definizione (come è possibile nella matematica) per trarre fuori da essa tutti i possibili aspetti. È noto che nella così detta scuola del diritto naturale, imperante nel secolo decimottavo, si partiva appunto da aforismi e massime generali che ci si fanno innanzi già pronte senza assistere ad alcun lavoro di preparazione; seguono poi le deduzioni e i corollari. Il Kant faceva notare non potersi raggiungere la maggiore possibile sicurezza che seguendo anzitutto la regola di non partire da dichiarazioni o massime, e quella di stare attaccati all'oggetto e alla sua considerazione. L'analisi, dopo aver fornito concetti chiari e pienamente intesi, sarebbe stata coronata da sintesi. Lo Hugo rimase a questo benefico aspetto della filosofia kantiana, che si rispecchia nella *Critica della ragione pura* del 1781. Egli aveva quindi compreso, a differenza dei primi kantiani, che i principî della morale e del diritto naturale in Kant sono semplicemente formali, ossia niente altro che termini di confine e di prova senza materiale contenuto; questo deve essere attinto all'esperienza e alla storia. Cadevano così del tutto agli occhi dello Hugo i delirî metafisici e matematici del Pufendorf e del Wolf (1), che pure avevano giovato a scuotere l'antico regime sociale; onde la storia doveva apparire a lui come l'unico mezzo di giungere ad una

(1) Cfr. la mia citata nota, *Per la storia della giurispr.*

sana formulazione di dogmi del diritto (1) Era la storia per noi quel lavoro di analisi (completato dall'osservazione statistica allora pargoleggiante) cui nelle scienze matematiche richiamava il Kant. E poichè l'evoluzionismo critico, riguardo alla relatività della conoscenza ha ripreso il filo della dottrina kantiana, ognun vede l'importanza delle relazioni fra lo Hugo e il Kant.

L'altro problema che pur fu vivamente discusso dall'operosa filosofia alemanna nel periodo fra il Kant e lo Hegel risguarda le relazioni del nostro intelletto col mondo esteriore, con la natura e con la storia. Il Kant aveva riconosciuto l'importanza dell'esperienza, sebbene il fenomeno che l'intelletto nostro può contemplare non sia qualche cosa di vero e di reale; ma piuttosto anch'esso un lavoro naturale del nostro intelletto. L'idealismo assoluto dei successori di lui pose a dirittura il reale assoluto in quel pensiero puro, dove il Kant non aveva veduto che la forma pura del fenomeno. Per il Fichte ciò che apparisce come esperienza non è tale che ad una coscienza non filosofica; ma la ragione che il Kant immagina inerte si fa per il Fichte operosa; le cose non esistono e solo la nostra coscienza le fa esistere: il filosofo giunge

(1) Già nei giuristi filosofi della scuola del diritto naturale la storia è esaltata; ma ora si limita a criterio del diritto pubblico: ora si ravvisa importante come un mezzo di conferma, di riprova. Il Montesquieu scriveva nella prefazione del suo *Esprit des lois*: « J'ai posé les principes et j'ai vu les cas particuliers s'y plier comme d'eux-mêmes ». Il che è rovesciare il criterio della scuola storica. Pare invece che il Leibnitz avesse chiara idea della legge di continuità storica. Stintzing-Landsberg *Gesch. der deutsch. Rechtsw.*, III, 2, p. 11, 12.

a predire che, indipendentemente da ogni osservazione, si può dedurre l'organamento di un filo d'erba, come il moto dei corpi celesti, dalla semplice fondamentale base del sapere. Lo Schelling arriverà poi a far sparire ogni antitesi fra l'idea e il fenomeno, tra il pensiero e l'essere, fra la ragione e la realtà. Lo Hegel infine coronerà l'edifizio e, afferrando con ardita sintesi la natura e l'istoria, le mostrerà soggette alle leggi immutabili del pensiero puro.

Così la filosofia dell'intelletto era arditamente passata a investigare il mondo esteriore: esteriore soltanto per illusione, poichè erano tentativi di far scaturire l'universo dal niente, cioè dalle profondità dell'intelletto umano. In queste condizioni il diritto doveva naturalmente apparire un frutto della speculazione individuale; il filosofo avrebbe potuto cavar fuori dalla propria mente qual più sistema di leggi gli piacesse. Ecco i filosofi fra cui sorse la scuola storica. Anche il vero capo di essa, F. C. von Savigny, oltre mostrare reminiscenze kantiane, si era particolarmente ispirato allo Schelling: e aveva ben dritto di consultare e criticare i filosofi essendosi laureato in filosofia il 1827. Facile è dire a chi guarda superficialmente che la scuola storica mancò di un proprio programma filosofico (1).

(1) È la nota affermazione dello Stahl nella sua *Storia della filosofia del diritto;* e ne trovi l'eco anche nel Romagnosi. Eppure non si mostrava del tutto di quest'opinione il nostro De Giorgi, *La filosofia del diritto e la scuola storica,* Padova 1863. E già dal 1857 lo Scolari nella sua lettura all'Ateneo veneto, *Sulla scuola storica dei giuristi,* Venezia 1857, p. 19, aveva detto: « nei postulati di lei (scuola storica) è racchiusa implicitamente una teoria filosofica del diritto ».

Ma si deve prima vedere con quali concetti nuovi si affermasse; se accogliesse ciecamente le dottrine dei filosofi contemporanei; se e come facesse germogliare taluni semi già deposti da vivi e quasi profetici ingegni (1).

A questo proposito non si deve tacere che fra noi l'Ardigò (2) intese, secondo me egregiamente, il pensiero filosofico, quasi nascosto nella scuola storica, scrivendo che questa considera l'*idealità* « da una parte contro gli psicologi non una creazione facile ed effimera dell'individuo, ma una produzione faticosa, lenta e durevole della società e dall'altra contro gli ontologi non una intuizione, che la riveli d'un tratto nella sua interezza ed in una forma unica sempre e per tutti, ma una formazione progressiva e varia che incomincia dall'abbozzo per venire al lavoro più sempre finito ». Non altrimenti, segue esso, il filosofo positivo considera l'idea. Si pensi poi al valore speciale che la nuova scuola ascriveva alla storia! Più che discutere sul canone della relatività della conoscenza, essa lo attuava. Ma intorno all'importanza filosofica della scuola storica si è tentati di ripetere oggi quello che il Savigny diceva dei meriti dello Hugo: esser difficile darne esatto giudizio perchè certe massime si sono ormai così immedesimate col nostro modo

(1) Si osserva ora come lo Herder non pure abbia ispirato il concetto dell'evoluzione, ma guardato appunto il diritto accanto alla religione e alla lingua da quell'aspetto che divenne fondamentale nella scuola storica. Cfr. Gierke, loco cit., p. 5.; Ehrenberg., *Herders Bedeut. f. die Rechtsw.*, Götting. 1903.

(2) *Op. filosof.*, I, p. 219. Cfr. la mia memoria, *L'opera di R. Ardigò nella filosof. del dir.*, in *Atti Ist. ven.*, t. IX, s. VII, 1897-98, p. 825 e seg.

di pensare, che ci sembra impossibile sieno state risuscitate da poco tempo e con somma difficoltà (1).

La scuola storica non accenna soltanto ad un nuovo metodo, ma ad una nuova tendenza filosofica. Ecco perchè noi giuristi ci siamo trovati pronti a comprendere l'odierno rinnovamento della filosofia. Per valutare veracemente l'efficacia della scuola storica tedesca si dovrebbe « esaminare (saccheggio una pagina del mio compianto amico Vanni (2), non sapendo come dir meglio) l'impulso fecondo dato a tutte la scienze morali, sociali, politiche per averle distolte dalla ricerca dell'assoluto e dalle costruzioni di sistemi trascendenti, per aver dimostrato con attiva propaganda e coll'efficacia derivante dall'esempio di successi i più fortunati l'utilità di un indirizzo obbiettivo e dell'osservazione dei fatti. Farebbe d'uopo mettere in rilievo la parte che essa ebbe (e qual parte!) in quell'opera di vera rinnovazione intellettuale, consistita appunto nel diffondere e generalizzare lo spirito storico e quel senso del reale e del relativo, che potrebbe dirsi a ragione un nuovo senso aggiunto agli altri, poichè, come questi ci pongono in relazione col modo esterno, così quello ci rende possibile oltrepassare la cerchia ristretta delle nostre concezioni automorfiche e comprendere stati di coscienza differenti dai nostri. E, parlando dello spirito storico, si entrerebbe per necessità ad indagar quanto e per quali vie abbia contribuito a sollevare la storia a valore e dignità di scienza vera ed a costituire su solide basi di fronte alle

(1) *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.*, IX, p. 421.

(2) *Saggi di filos. soc. e giur.*, p. 234-235

tante metafisiche una scienza positiva della storia. In fine, scendendo sul terreno della pratica, si dovrebbe tener conto di un altro servizio per i suoi effetti incalcolabile. La rivoluzione francese traducendo in atto i principî del caposcuola del dottrinarismo moderno e inaugurando il sistema delle legislazioni e delle costituzioni *a priori*, esercitò specialmente nei popoli di razza latina un'influenza davvero contagiosa. Ma vigorosa quanto salutare si produsse in seguito la reazione, le menti furono richiamate ad un concetto positivo delle istituzioni ed al rispetto pei diritti, del resto non impunemente conculcabili, della storia e della realtà. Certo i nostri giuristi (della scuola storica) non furono soli a reagire, ma la loro parola che risuonava calda e vibrata in fondo alle università della Germania, si ripercosse con eco solenne nei parlamenti di Europa. Però, anche volendo, non è facile calcolare tutte queste influenze, impossibile poi per quelle che, senza apparire visibilmente al di fuori, rimasero latenti ma operose, come un determinismo mentale, nel più intimo pensiero di uno scrittore ».

Invero se in Gustavo Hugo il nuovo metodo era tuttora ristretto allo studio del diritto romano, col Savigny salì a costituire una dottrina generale del diritto come fatto storico e sociale (1). Presto la nuova tendenza storica, per mezzo dello Hildebrand, dello Knies e del Roscher, stacca la economia

(1) In specie nell'operetta *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Heidelberg 1840. Lo studente deve leggerla nell'originale o almeno nella versione del Tedeschi, *Bibl. giurid. teor. prat.*, serie I, vol. I, p. 94-292, Verona 1857.

politica dal dominio della metafisica (1), trionfa nel diritto pubblico (2): fa sorgere ovunque una viva brama di profondarsi in una maniera oggettiva nello spirito dei tempi e dell'istoria (3). Così il diritto attico, il diritto mosaico, il diritto indiano, il diritto delle stirpi semiselvaggie (4) son sottoposti a poco a poco a questo fecondo moto d'investigazione. L'idea del diritto (qui non si può negare l'efficacia dello Hegel (5)) appare una vasta tela di cui ogni popolo ordisce una trama che l'altro continua.

Se le dottrine della scuola storica superarono le barriere del diritto romano e quelle più valide della nazionalità diffondendosi ovunque, anche fra noi (dove vennero presto conosciute e discusse), ciò dipende appunto dall'aver esse, come dissi, soddisfatto a un generale bisogno degli intelletti. Nè per ciò si dovrà gridare, come dagl'indotti, che noi seguiamo ciecamente dottrine straniere. A mano a mano che i tempi dello Hugo e del Savigny e le lotte fra la scuola storica e la filosofica già vive in Germania, si fanno lontane da noi, cadono certe esagerazioni: nè sembra più strano

(1) Cfr. Luzzatti, *Bibl. dell'econ.*, I, p. 547; Boccardo, ivi, IV, p. V.

(2) Varnkoenig, *Archiv. de droit et de législ.*, IV, p. 192, Bruxelles 1841.

(3) Così il Gervinus, *Hist. du dixn. siècle*, IV, p. 114-115

(4) Cfr. Post, *Afrikanische Jurisprudenz.*, Oldenb. u. Leipzig 1887, e sul valore della scuola storica, in senso del tutto conforme alle mie precedenti asserzioni: Aguiléra, *L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusq'à nos jours*, Paris 1893, p. 170 e seg.; De Greef, *Le transformisme social*, Paris 1895, p. 198, 199.

(5) *Philosoph. des Rechts*, §§ 341-360.

che fosse filosofica anche la scuola avversaria di quella che soltanto si diceva tale. Spetta alla scuola storica, e le è ormai generalmente riconosciuto, un degno posto in quel rinnovamento intellettuale, che dai primi del secolo decimonono si svolge con proprî caratteri sino alla metà di esso ed è come un grande periodo di formazione della filosofia contemporanea. Vi partecipano energicamente la Francia, l'Inghilterra e da ultimo l'Italia stessa; ma non si prenda in senso assoluto questa posizione cronologica delle varie nazioni. Sa ognuno le relazioni del precedente empirismo inglese con la filosofia tedesca e le affinità intime di quello con l'antico e classico sperimentalismo italiano. Cosicchè, sempre più è vero che la migliore dottrina scientifica è il frutto di una cooperazione sovente lunghissima, di potenti ingegni non vincolati per certo dai confini delle nazioni.

Determinando più precisamente il contributo della scuola storica tedesca (nei suoi caratteri comuni) alla preparazione della moderna ricerca scientifica, osserveremo:

1.º che essa seguì un metodo positivo in opposizione alle astrazioni metafisiche e concepì il diritto come un prodotto storico e relativo, anzichè metafisico e assoluto. Così la vita sociale è una realtà fuori di noi, della quale siamo parte consciente: non è mera illusione della nostra coscienza, nè edifizio costruito da una singola mente (che pur voli sovrana com'aquila sulle altre) con quell'architettura che più le piace; bensì la manifestazione di ciò che il Savigny disse dapprima « necessità storica », poi « manifestazione dello spirito umano nei singoli spiriti dei vari popoli ». Apparentemente si discopre e vi è infatti un'este-

riore somiglianza tra questo modo di concepire e quello della filosofia alemanna, massime nella fase hegeliana, la quale vedeva nell'istoria il realizzarsi dello spirito umano e parlava essa pure di coscienza di un popolo come i giuristi parlano di coscienza giuridica del popolo istesso. Ma sotto quest'apparente somiglianza trovasi una diversità profonda, perocchè, notava acutamente il Bruns (1), mentre la filosofia ricercava *a priori* quella manifestazione dello spirito umano di cui l'istoria doveva essere una conferma, il Savigny insegnava che siffatta manifestazione doveva essere ricercata solo storicamente, vale a dire con la forma d'osservazione propria delle scienze morali. E fra gli altri celebri scolari del Savigny niuno forse meglio del Rudorff espose le idee di lui riguardo alla storia allorchè diceva che la scuola storica « non conosce un passato transitorio, ma soltanto immanente » e vede nella storia « il continuo succedersi di un mutamento di forme... nel quale si manifesta la più alta unità intellettuale della individualità del popolo » (2).

---

(1) *Zur Erinnerung an Fried. Carl von Savigny*, Berlin 1879, p. 13.

(2) *Zeitschr. für Rechtsg.*, II, 1863, p. 39. Si direbbe quasi che il Puchta sublima la storia in una sociologia, come è avvenuto oggi. I raggi di luce filosofica della scuola del Savigny si trovano in tutti i suoi più illustri seguaci. Quando ad es. il Windscheid (cfr. la mia nota nell'*Arch. giur.*, 3, s. III, 1903, p. 333) scrive: « Non ciò che io ritengo diritto è tale, ma soltanto ciò che la collettività cui appartengo ha riconosciuto come diritto » non si pensa al diritto quale fenomeno di credenza collettiva? Uso la frase del Miceli, *Fonti del dir.*, Palermo 1905, c. VII e seg., *La norma giur.*, Palermo 1906, p. 16.

La posteriore filosofia positiva e la sociologia contemporanea hanno dato ragione al Savigny; la storia sta alle scienze sociali oggi nell'identica relazione in cui questi la concepiva rimpetto al diritto privato.

2.° Cooperò alla completa e reale distinzione del diritto della legge. In tale intendimento trovasi un parallelo tra la scuola storica e la scuola del diritto naturale (fiorente in specie in connessione all'idealismo subiettivo nel secolo decimottavo) simile al parallelo tra la scuola storica e la filosofia tedesca. Ma si tratta anche qui di un nesso esteriore. Infatti i cultori del diritto naturale, che con enfasi dicevano di costituire un diritto cosmopolita, ravvisavano nel diritto un concetto distinto dalla legge, in questa soventi volte un'avversaria di quello e, dovunque fosse possibile, davano il trionfo al diritto naturale sulla legge positiva non pure nelle relazioni politiche, ma in quelle tra individuo e individuo. Il concetto di siffatta distinzione è capitale nella scuola storica; ma dove i seguaci del diritto naturale, anelando pure uniformità e universalità di idee, lasciavano il concetto stesso vagante nell'orbita capricciosa e subiettiva di ciascun filosofo, la scuola storica lo trasporta in una cerchia obiettiva nella quale ciascun sistema esteriore e individuale non è che un mezzo di avvicinarsi al sistema intimo e obiettivamente esistente (§ 13).

3.° Ebbe un concetto dinamico del diritto e ritenne che i principî giuridici e nel diritto romano e presso ogni popolo si fanno lentamente a traverso l'istoria. Onde la storia del diritto non può scindersi dalla scienza del diritto, ed è anzi

la formazione organica di questo (1): i periodi di quella storia non sono arbitrari, sivvero obiettivamente insiti in essa (2).

Si parte così da una premessa filosofica di alto valore per la filosofia positiva. Dire che il diritto come manifestazione dello spirito umano non si conosce che nella storia è sostituire allo studio del proprio spirito creduto immutabile e completo lo studio dello spirito umano in continuo movimento nel tempo e nello spazio (3). L'affermazione essere la storia il solo mezzo per conoscere l'esistenza propria è chiaramente e precisamente fatta dal Savigny (4).

4.° Intese e formolò la connessione del fatto giuridico con tutti gli altri fatti sociali o lati della vita di un popolo, come la religione, il costume, ecc. Questa sintesi precorre sotto certi aspetti quella dell'odierna sociologia, ed ha pure un grande va-

---

(1) Il Savigny stesso afferma questa originalità dello Hugo nel giudizio circa la sua storia riportato nei *Verm. Schriften*, V, p. 1-36.

(2) Cfr. su questa idea dello Hugo anche Puchta, *Civil. Abhand.*, p. 174-175.

(3) A ragione il Buckle, *Hist. de la civilisat. en Angleterre*, trad. Baillot, I, p. 177-78, paragonando i metodi metafisici col metodo storico, dice che i primi son proprio il contrario dei secondi, perocchè mentre il metafisico non studia che il proprio spirito, l'istorico studia un gran numero di spiriti.

(4) *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.*, I, p. 5. E con quest'affermazione si cfr. quanto scrive il Léwy-Brühl *La philosophie d'Aug. Comte*, p. 243 « au γνῶθι σεαυτόν de l'ancienne psychologie, la methode positive substitue ce précept: Pour vous connaître, connaissez l'histoire. L'homme ne prend conscience de lui-même que s'il se replace dans l'évolution de l'humanité ».

loro filosofico. Era il primo, ma forte avvio a far cadere l'illusione (1) che il fatto di essere certe relazioni della vita assicurate dalla coazione dello Stato, fosse il fatto sociale eminente, un fatto a sè e che in sè avesse tutta la propria ragione di essere senza legame con un determinato consorzio sociale.

Ed anche più importante si è che così la scuola storica cooperava al trionfo del metodo organico nella sociologia (2). Principalmente il Savigny, imbevuto delle idee dello Schelling, ravvisa nella società civile un grande organismo di cui ogni membro è legato all'altro. Secondo lo Schelling (3), a quella guisa che l'unica sostanza nella costruzione del mondo si fa oggettiva in forma e corpi svariati, così la potenza dello spirito nello Stato. Questo è l'organismo divenuto oggettivo delle tre potenze o facoltà: ragione, azione, arte. Come nella storia della natura tutti i gradini della scala organica si riconducono alla relazione delle forze fondamentali e per la loro intima indole, sono identici: così anche i fattori dello spirito. Mito, costume, credenze, filosofia, lingua, diritto e chiesa, sono veduti *a posteriori* altrettanti rami di uno stesso tronco fondamentale della nostra natura. La parentela delle idee del Savigny con quelle del filosofo è evidente (4); ma questi procede, al solito,

(1) Ben combattuta dal Fragapane, *Obb. e lim. della filosofia del diritto,* I, p. 144 e seg.

(2) Quarch, *Zur Gesch. und Entwickel. der organ. Meth. der Sociologie,* Bern 1901, in pieno accordo con le mie precedenti ricerche.

(3) Buon riassunto nella cit. memoria del Quarch.

(4) Lo accenna anche il Puchta, *Zeitschr. für Rechtsg.*, II, 1863, p. 26. Su queste relazioni fra il Savigny e lo

a priori, mentre quegli muove da una ricerca analitica e di osservazione secondo le norme kantiane, già accolte dallo Hugo, ripetendo sempre che per lui la storia non è una semplice raccolta di esempi morali e politici. Così nella mente dei giuristi penetrava stabilmente una viva persuasione del legame organico di tutti i fatti sociali. Il germe frutta ora.

§ 6.

I difetti della scuola storica.

Appunto per la grande efficacia che ebbe e tuttora conserva la scuola storica nel formare, diciamo così, il positivismo dei giuristi, noi dobbiamo renderci consapevoli dei principali difetti di essa per evitarli e correggerli fin dove è possibile. È una via anche questa per completare in modo facile il capitolo del metodo.

Tali difetti non sono quelli che il Comte rimprovera, come vedemmo, ai giuristi tedeschi.

Si può dire forse dominata da concetti metafisici una scuola che all'assoluto archetipo di un diritto immutabile nel tempo e nello spazio a cui debbano piegarsi tutte le umane istituzioni, sostituisce un diritto mutevole secondo i popoli e i periodi storici e rinnovantesi per propria forza di evoluzione? (1) Se mai, restò ad essa qualche nebbia metafisica nel concepire l'organismo sociale.

Anche l'accusa di fatalismo o di ottimismo è

Schelling, vedi ora Stier-Samlo, *Die Volksüberzeug. als Rechtsg. in Jahrb. d. intern. Ver. f. vergl. Rechtsw*, V, 1899, p. 645.

(1) Cfr. ora anche Fouillée, *L'idée mod. du droit*, liv. 1.

priva di fondamento o per lo meno esagerata. La scuola del Savigny parlò di necessità storica, non di fatalismo, e affermò anzi la legge di causalità nell'orbita dei fenomeni sociali, senza neppure ritenere che ogni libertà dell'individuo fosse del tutto schiacciata da leggi fatali. Soltanto gli avversari della scuola storica poterono dipingerla cieca adoratrice del passato, della storia. Nè si può imputare alle dottrine della scuola che fossero invocate maliziosamente a puntello della politica reazione e a sostegno dei privilegi di alcune classi (1). L'idea stessa di un governo divino o provvidenziale che lo Stahl (2) crede implicita in quella, non appare mai apertamente.

Taluno rimprovera ad essa di aver considerato le istituzioni giuridiche come forme immutabili e inviolabili perchè rese sacre dal tempo. Eppure essa le concepì piuttosto in un moto continuo che dalle origini di Roma si estende, senza interruzione, sino ai dì nostri, così che il diritto romano odierno sarebbe il risultato di una evoluzione attraverso i secoli.

I veri difetti della scuola storica (3), derivanti

(1) Cfr. questa giusta osservazione in Bluntschli, *Die neueren Rechtsschul. der deutsch. Jurist.*, 2.ª ed., Zurich 1862, p. 59, e nello Gneist, *Zur Lehre vom Volksrecht* etc., in *Festgabe für E. Beseler*, Berlin 1885, p. 223-224. Vedi pure la mia memoria, *Di un recente libro sulla dich. dei dir. dell'uomo e del citt.*, in *Atti e mem. Accad. di Padova*, 1903, XIX, pp. 213-219).

(2) *Gesch. der Rechtsphil.*, VI, 2.

(3) Cfr. ora nello stesso senso Zitelmann, *Gewohn. u. Irt.*, nell'*Arch. für civ. Praxis*, LXVI, p. 412-486 e Lambert, *Études de droit comm. legisl.*, I, Paris, 1903, p. 129 e seg.

dall'essersi opposta con grande energia alla pretesa onnipotenza del filosofo legislatore a suo arbitrio, sono:

1.º La esagerazione della *spontaneità* nella produzione del diritto. I giuristi della scuola storica sembrano circonfusi da una specie di romanticismo: idealizzano, ben disse lo Jhering (1), passate condizioni, tempi remoti. Pare che il diritto scaturisca bell'e pronto dai penetrali della coscienza popolare. Questa è pure un'idea del Vico (2). Ciò contraddice alla stessa formazione del diritto romano ove l'energia individuale dei pontefici, dei pretori, dei giureconsulti, del consistorio imperiale fu grandissima nella produzione del diritto. E contraddice alla formazione del diritto odierno: opera secolare di individui e di scuole. Contraddice infine alla realtà delle cose che ci sta sott'occhio, perchè molti sono i sentimenti i quali vivono anche oggi nello spirito collettivo del popolo, qual materia greggia di futuro diritto. Ma soltanto faticosamente diverrà diritto per genio d'individui e di scuole. Così la scuola storica deviava anche in certo qual modo dal tipo della ricerca positiva, poichè è difficile, forse impossibile, trovare la vera linea di confine tra la spontaneità e la riflessione: son due modi diversi di una stessa energia (3).

2.º La indeterminatezza dell'officina d'onde uscirebbe il diritto, cioè la *coscienza popolare*. Altrove io dissi che par di assistere qui ai misteri

(1) *La lotta pel diritto*, traduz. Mariano, p. 189.

(2) *Scienza nuova*, Degn. CV.

(3) Così bene il Trezza, *La critica moderna*, c. IX; libro a torto dimenticato al pari di altri di lui, ove si può spigolare ancora del buono.

eleusini di una benefica dea che presiede al lavoro delle generazioni umane (1). E il compianto Padelletti (2) osservava che nel programma della scuola storica leggiamo sì l'immortale principio di essa: che cioè il diritto non è alcunchè di casuale e arbitrario, ma il prodotto *naturale* della *coscienza giuridica del popolo;* però non si va più in là di questa determinazione. Ma, se ben si riflette, la *coscienza popolare,* la *coscienza giuridica* sono espressione di concetti troppo indeterminati. Da che cosa viene determinata questa coscienza popolare che dà al diritto pubblico e privato un aspetto tanto diverso secondo i luoghi, i tempi, i popoli? Chi rispondesse, osservava giustamente il Padelletti, che è determinata dal genio, dal carattere particolare del popolo, cadrebbe in una tautologia evidente.

La scuola storica ci lasciò così in eredità un grande problema psicologico sull'origine del diritto. Cesserà quella indeterminatezza quanto più ci avvicineremo a sciogliere questo problema. E col determinare la coscienza popolare cesserà anche l'esagerazione della sua spontaneità: due lati dello stesso problema. Uno dei miei maestri, che fu degno seguace ed interprete della scuola storica, lo Seòlari (3), mi ammoniva che, facendo l'analisi dell'opinione pubblica e formandosene un chiaro concetto, si elimina quella indeterminatezza dell'officina prima del diritto. Ma questo lavoro di psicologia delle menti associate, come ben disse Carlo Cattaneo (4) l'opinione pubblica, è così definitivamente

(1) Nel mio libro *Fasti aurei del diritto romano*, p. 253.

(2) *Storia del dir. rom.*, p. 10 della 1.ª edizione, Firenze 1878.

(3) *Il regno e la sociocrazia*, Venezia 1892, p. 171.

(4) Cfr. sopra p. 17.

analizzato (con le poche e viete dottrine che ne abbiamo) da poterlo invocare come faro di luce? Da un enigma si rimanda ad altro enigma. Anche l'Aguilèra (1) sente tutta l'indeterminatezza della espressione prediletta della scuola storica: spirito del popolo. La questione, osserva egli, sarebbe di sapere se psicologicamente è possibile di concepire una coscienza giuridica prima che vi sia un diritto positivo qualunque. Anzi la scuola storica avrebbe approdato a sua insaputa all'affermazione del carattere aprioristico del diritto e al diritto naturale stesso. Non mi sembra. La scuola storica sentì certi barlumi di psicologia popolare, avvertì bene tutta la complessità organica dei vari lati dell'opera intellettuale d'un popolo, ammise una potenza dello spirito collettivo a creare il diritto (2). Ma non pensò ad alcuno schema ideale *a priori*. I germi di una scienza della psicologia popolare sono antichi; la generale tendenza a farne una dottrina a servizio di ogni ramo della scienza dell' uomo è tutta dei giorni nostri (3). Non bisogna accusare soverchiamente la scuola storica di non averci dato una scienza che neppure noi siamo ancora stati capaci di costruire; e dove forse resteranno inevitabili enigmi come ne restano nell'analisi del carattere individuale. Malgrado qualche tentativo degno di vera lode, noi siamo all'abbiccì di una scienza della psicologia popolare. Eppure dalla psiche popolare si genera il diritto, come la morale, l'arte, ecc. Ma s'intende che altro è parlare del sentimento

(1) Op. cit., p. 181.
(2) Cfr. Savigny, *Vom Beruf*, cap. II.
(3) Ben lo avverte il Gabba, *Intorno ad alcuni gener. problemi delle scienze sociali*, p. 85 e seg.

del bello presso un popolo, altro dell'opera d'arte di uno dei suoi scultori e pittori. Così altro è parlare del sentimento giuridico, dell'istintivo desiderio generale di nuove leggi, altro delle norme giuridiche formolate. Qui appaiono legislatori e giuristi come direttori delle moltitudini o artefici che dir si voglia della greggia materia uscita dalla psiche del popolo. E naturalmente essi possono essere anche una delle forze che agiscono sulla psiche collettiva e la determinano in un senso più che nell'altro. Non bisogna esagerare il carattere sociale, anonimo, dirò così, del fenomeno giuridico sino al punto di negare qualunque preminenza d'individui e di loro energie (1). Se nondimeno resta sempre lo stimolo, magari inavvertito, dei bisogni del loro tempo che spinse questi uomini di genio, ciò non esclude un contributo maggiore della loro energia, giacchè non v'è alcuna equivalenza assoluta delle energie individuali. In quel fatto della imitazione (2) di cui io stesso mi servo per spiegare l'origine della consuetudine (§ 11), non si può negare la efficacia dei modelli individuali e degli esempi delle classi colte sulle incolte.

Quella psicologia del popolo avrà fatto un grande passo quando ci dirà come pensa il popolo, qual è la sua logica, come giudica, come vuole. Noi abbiamo bisogno di analizzare e descrivere la logica sociale che discorda non di rado dalla formale ed alta logica di singoli individui (3). Io mi

---

(1) Si vegga l'articolo del Durkheim, *Revue philosoph.*, 1894, p. 473.

(2) Tarde, *Les lois de l'imitation*, Paris 1890.

(3) Saggi, ma ancora incompleti: Tarde, *La logique sociale*, Paris 1895; *L'opinion et la foule*, Paris 1903; Novicow, *Coscienza e vol. soc.*, trad. Tronca, Palermo 1898.

compiaccio di rilevare come da anni l'Ardigò (1) abbia ravvisato nel lavoro logico che si trova già fatto nella mente dell'individuo « solo in piccolissima parte un prodotto individuale: e, nella parte immensamente maggiore un prodotto collettivo ». E dal complesso di queste logiche individuali, socialmente maturate e poi combinate in un tutto, deve scaturire quel diritto che appaghi almeno la maggioranza, come la rappresentazione deve, secondo il direttore del teatro nel prologo al *Faust* del Goethe, appagare i multiformi umori del pubblico.

Questi problemi di adattamento della psiche umana alla convivenza sociale son più difficili dell'altro che l'Aguilèra (2) dice di aver lasciato insoluto la scuola storica: dell'esservi una coscienza giuridica precedente ad ogni diritto positivo e del vedere così che relazioni libere d'individui e di popoli, quasi spinte da necessità intellettuali, sono sottoposte a regole fisse. A torto qui infatti il metafisico e l'idealista si arrogano il merito di aver essi soli la possibilità di spiegare questo *prius* di ogni diritto positivo. Non ha forse la psiche umana in sè e per sè, per propria virtù osservabile, un piano ideale dei diritti da attuare (§ 15), come la psiche di ogni altro animale ha un piano di ciò che egli vuole e può fare?

3.° Il modo in cui fu concepita la evoluzione del diritto. La scuola storica se la immaginò regolare come una matassa che si svolge senza intrigo di fili e tutta d'un colore. Anche secondo la filosofia dello Spencer l'evoluzione procede continua

(1) *Opere filosof.*, III, p. 444-446.
(2) Op. cit., p. 190.

e uniforme senza incontro con fattori estranei all'asse in cui la ruota gira. Il Tarde (1) ha ragione di attribuire all' « école historique » l'idea dell'evoluzione, prima ancora del Darvin e dello Spencer; ma ha poi il torto di combattere soltanto la filosofia spenceriana su questo punto. La scuola storica non ebbe dell'evoluzione un'idea diversa da quella dello Spencer. Gli scolari di lui, osserva il Tarde, applicando alla storia e all' archeologia qualche formola generale dell'evoluzione « clé magique de l'univers » prendono per una spiegazione quest'applicazione pura e semplice. O che cosa vuol dire evoluzione giuridica? domanda il Tarde. Con la raccolta d' aneddoti iniziata dallo Spencer si è giunti a stabilire che lo stato sociale primitivo è identico presso tutti i selvaggi. Con un po' di buona volontà le differenze tra i selvaggi odierni sono spiegate in modo che non contraddicano a quel presupposto, le somiglianze esagerate a suo vantaggio. Così si comincia ad applicare una formola di evoluzione unica e necessaria e si continua poi a ravvisarla successivamente nelle diverse fasi del diritto di un popolo con gradini uniformi, con somiglianze che si convertono anzi in identità, con l'impero di una legge unica che presenta un monotono svolgimento di ogni organismo sociale come di ogni altro organismo. Nota con fine senso critico il Tarde (2) che così si esagerano il numero e l'efficacia delle somiglianze, le quali colpiscono lo spirito a prima vista quando si paragonano dei diritti ritenuti stranieri l'uno all'altro; e che si tende a credere spontanee tutte queste somiglianze,

(1) *Les transformations du droit*, Paris 1893.
(2) Op. cit., p. 10.

vere o false che sieno, senza aver fatto o tentato di fare la sua parte legittima al principio d' imitazione. E chi non ricorda quel naturale svolgimento del diritto di un popolo, tanto carezzato dalla scuola storica, per cui tutto sgorga senza violenza dalla coscienza popolare, quasi divinità sempre operosa, che fiamma di terreno incendio non tange? Chi non ricorda, come rovescio della medaglia, la violenta finzione con cui si ridussero i giuristi tedeschi interpreti della coscienza popolare, per dire voluto da essa quel diritto romano che invece le fu dapprima imposto?

Il diritto romano, osserva alla sua volta il Tarde (1), sarebbe rimasto indefinitamente il diritto quiritario, senza la guerra e le annessioni che misero Roma in comunicazione feconda e turbolenta con tanti popoli stranieri e costrinsero il pretore a imbeversi di idee straniere, « e per questa serie di trasfusioni di sangue diverso rigenerarono l'antica legge delle dodici tavole ». Una forma sociale qualsiasi, lingua, religione, diritto « quando sia fissata, cioè in equilibrio stabile, è suscettibile di una durata indefinita se resti circoscritta e chiusa al sicuro dalle invasioni ». La parola *evoluzione*, ripeterò col Tarde che reca tanti esempi antichi e moderni, è ingannatrice e sì dolce a pronunziare che dà naturalmente l'idea del flusso costante, senza ostacoli nè fermata, di un oriuolo a polvere. Quando invece si esaminano meglio i singoli fatti, vedesi che la fluidità e la continuità apparente attribuita alla serie dei cangiamenti sono immaginarie. Prendete un diritto qualunque e vedrete che la sua sedicente evolu-

(1) Op. cit., p. 168.

zione continua si tramuta in innesti faticosi e spesso cruenti di nuove idee giunte di tratto in tratto, da una parte e dall'altra, non si sa perchè, all'improvviso (1). Così si formò il diritto tedesco e lo stesso diritto italiano con innesto d'idee, dapprima straniere; così è sorto il moderno diritto pubblico nostro; così si forma il diritto nell'India inglese, nel Giappone ammodernato, ecc.

Alla schematica evoluzione uniforme del diritto di ogni popolo si va necessariamente incontro con le dottrine dello Spencer. Ma il positivismo italiano ci offre già da parecchi anni nelle opere dell'Ardigò quanto basta per sfuggirvi. E merita di avvertirlo perchè mi sembra che non sia stato posto in evidenza. Eppure vi si è naturalmente condotti dall'antitesi fra due concetti fondamentali, dello Spencer l'uno, dell'Ardigò l'altro. Se lo Spencer è il filosofo dell'evoluzione, l'Ardigò è il filosofo delle *formazioni naturali* (2). La formazione naturale, insegna egli, in qualunque momento del tempo e in qualunque punto dello spazio, è un distinto ottenuto mediante distinzione da un indistinto precedente per le efficienze combinate della serie infinita dei momenti precedenti e della serie infinita delle cose esistenti, e il formabile non è soltanto « il prodotto materiale » sì bene allo stesso modo « il prodotto psichico » (3).

L'Ardigò stesso (4) nota le differenze fra il suo concetto e lo spenceriano. La naturalità della

(1) Tarde, op. cit., p. 169.

(2) Così ben dice il Groppali, *R. Ardigò nel suo settantes. annivers.*, Milano 1898, p. 6.

(3) Ardigò, *Op. filos.*, II, p. 71, 73.

(4) Loco cit.

formazione anche psichica « è una specificazione ulteriore, la quale si ottiene dalla combinazione in una unità nuova di unità varie anche se non identiche fra loro ». Perciò non vi è alcun bisogno dell'evoluzione placida e uniforme come il flusso di un oriuolo a polvere. La continuità fra il vecchio e il nuovo, cioè tra il precedente indistinto e il distinto e fra tutti i distinti contemporaneamente emersi dall'indistinto deriva dal carattere stesso della formazione naturale (1) senza bisogno di forzate somiglianze. Con la dottrina dell'Ardigò (2) sul caso per cui « il pensiero, che oggi troviamo nella umanità, è un pensiero, che si è formato per la continuazione di accidentalità infinite succedutesi e aggiuntesi a caso le une alle altre » non si arriva certo alla predisposta, fatale evoluzione uniforme del diritto di un popolo. Tanto varrebbe esser dotati di tale spirito profetico da poter fare *a priori* una rappresentazione grafica dei fenomeni e fissare un archetipo della loro successione (3) prevedendo tutte le accidentalità infinite che desteranno e agiteranno il pensiero di un popolo. Ma s'intende che con ciò non si elimina quella naturalità che vagheggia la dottrina della evoluzione; il caso non menoma « per nulla l'assoluta naturalità del fenomeno, ossia la sua determinazione mediante ciò che è intrinseco alle cose stesse operanti » (4). È soltanto un « coefficente » ignoto *a priori* e imprevedibile senza che con ciò si neghi la necessità del nesso causale.

---

(1) Ardigò, *Op. filosof.*, II, p. 36 e seg.
(2) *Op. filosof.*, II, p. 267; III, p. 139.
(3) Ardigò, *Op. filosof.*, II, p. 243-244, 247, 257.
(4) Ardigò, *Op. filosof.*, II, p. 256 e seg., 282 e seg., 293.

Se ora ci volgiamo indietro a guardare come nel secolo decimonono si cercò di supplire a questi varî difetti della scuola storica ci si offre anzitutto una chiara tendenza di alcuni romanisti tedeschi a farsi filosofi. Chi tentò una « dottrina naturale del diritto » (1) e una fondamentale ricerca sullo scopo del diritto (2). Chi si applicò ad una specie di materialismo giuridico cercando comparazioni tra il regno delle piante e gli animali di ordine inferiore all'uomo e i suoi rapporti giuridici (3). Ben presto si sentì il bisogno di un'esposizione dogmatica del diritto che coronasse la scoperta delle fasi storiche di esso; ne dette ammirato esempio il Savigny stesso (4). Ma in breve dall'opera di determinazione dei principî del diritto dell'uno o dell'altro popolo si salì a quella più ardita di costruire una dottrina generale dei principî giuridici, i quali sarebbero indipendenti dalla speciale figura di ogni diritto positivo. E allora sorse il problema in che relazioni fosse questa dottrina con la filosofia del diritto. La quale nondimeno e in Germania e ovunque (§ 34-36) è mossa da varie tendenze e deve difendersi contro la sociologia.

Si guadagnò intanto un più vero concetto dell'opera dello Stato nella produzione del diritto (§ 11) e siamo sulla via di correggere il concetto di evoluzione del diritto. Ma non si può dire che le ri-

(1) Così lo Jhering, *Jahrb. für die Dogmat. des heut. rom. und deutsch. Privat.*, I, 1857, p. 1 e seg.

(2) Anche qui troneggia l'opera dello Jhering (*Der Zweck im Recht*, 1877) nata dal bisogno di porre certe premesse per continuare nello studio dello spirito del diritto romano.

(3) In specie il Leist, *Civil. Stud.*, 1857-59.

(4) Col suo *System des heutig. röm. Rechts*, 1840.

cerche filosofiche sul diritto e le sottili analisi psicologiche, almeno fra i giuristi, ci abbiano del tutto rischiarato l'enigma della coscienza popolare. Taluno prese fra noi la giusta via insegnando che il fatto giuridico è anzitutto un fatto economico (1), e che intorno ai *beni* (mezzi di sussistenza e perfezionamento) si aggruppano i rapporti degli individui e delle famiglie, così che la costituzione economica di un popolo determina la più gran parte del diritto privato. Anche il diritto pubblico è conseguenza mediata di quella costituzione, perchè gli ordinamenti economici determinano direttamente i sociali che son fondamento della costituzione politica, sulla cui bilancia ora pesa la proprietà fondiaria, ora la proprietà mobile. Se nondimeno si vuole con questa dottrina asserire che ogni eccitamento della coscienza popolare a produrre il diritto è l'interesse proprio si cade nell'esagerazione di considerare come base unica della costituzione sociale la economica (2). Le idee dell'uomo sul diritto e sulla giustizia non sareb-

(1) Già buone osservazioni (più che concrete applicazioni) fece tra noi il Padelletti su questo punto nella sua *Storia del dir. rom.*, p. 10 della 1.ª edizione. Cfr. ora la dottrina completa (che fu già chiara al pensiero del nostro Romagnosi) in Dietzel, *Jahrb. für Nationalök.*, III, n. 7, 1897, p. 679 e seg.; in Diehl, ivi, p. 813-850. Ha intenti critici l'opera dello Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 2.ª ed., Leipzig 1906. Il fattore economico come base della filosofia del diritto ci appare ora in Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftsphil.*, II, Münch. 1906, p. 1, 30, III, ivi, p. V. Un buon saggio pel diritto internazionale offre il prof. A. Cavaglieri, *Il fatto econom. nella storia del dir. intern.*, Padova-Verona 1904,

(2) È la tesi sostenuta fra noi dal Loria, *Le basi econ. della costit. sociale*, Torino 1902.

bero che il riverbero di una determinata economia sociale. Ma questo materialismo storico e giuridico è tutt'al più un'ipotesi, avvalorata dal nome di Carlo Marx; ha debole fondamento induttivo, nè sempre la sorregge un'imparziale indagine dei fatti storici. Si pone anche in aperta contraddizione con la psicologia collettiva. Non si possono ridurre le sensazioni elementari della nostra psiche ad una sola; nè è lecito negare quelle formazioni psichiche elevate e quelle loro specificazioni e combinazioni sì operose nell'uomo (1) le quali salgono fino alle idealità sociali (§. 36). Tanto varrebbe rinnegare tutta la naturalità della storia e il concetto di organismo nella società civile, perchè diritto, religione, arte, scienza (le così dette istituzioni connettive) non sarebbero stati e non sarebbero che i mezzi con i quali i forti oppressori legano al proprio carro i deboli oppressi. Giuristi, sacerdoti, artisti, scienziati, che si vogliono far figurare come salariati degli oppressori, si volgerebbero dalla parte degli oppressi producendo o favorendo le rivoluzioni, quando non son più contenti di quel loro salario (2). Lo studioso imparziale deve qui ricordare i limiti e i pericoli dell'induzione incompleta e della deduzione sciolta da ogni legittimo freno (§ 4).

(1) Contro la tesi dell'unico fattore economico v. Ardigò, *Op. filos.*, VIII, p. 315 e seg. Una buona critica dall'aspetto sociale ne fece il Ferraris (*Il materialismo stor. e lo Stato*, Palermo 1897). A questo libro risponde il Contento (*Giorn. degli econ.*, 1897, p. 89, 306, 405). Comunque, la polemica è stata ed è utile contro le esagerazioni del valore a sè della norma giuridica.

(2) Una vivace critica del sistema del Loria offre B. Croce, *Le teorie stor. del prof. Loria*, Napoli 1897.

CAPITOLO III.

Il diritto

§ 7.

Necessarie premesse della definizione.

Il diritto, come fatto che ha un fondamento naturale e un carattere storico (§§ 8, 9), non può esser definito se non dopo l'analisi di quel fondamento e di questo carattere. Dovremo poi mostrare in quale cerchia di relazioni il diritto si forma, il che è a dire studiarlo come fatto sociale (§ 10); determinare come acquisti un proprio aspetto, sì da divenire un lato ben distinto di quel fatto, come salga infine al grado di legge e di scienza (§ 12). Allora sarà il momento di definire il diritto (§ 14).

Soltanto con queste progressive analisi, corrispondenti ai bisogni del nostro intelletto che allarga via via la sua osservazione, passeremo da cose reali e concrete a concetti astratti. I quali debbono apparire al novizio non come frutto spontaneo della mente, ma come risultato di lunga e diligente esperienza. E così acquisterà salda persuasione (è uno dei più bei concetti dell'odierna giurisprudenza) che le norme delle leggi non possono avere alcunchè di arbitrario; ma rispecchiano più o meno esattamente la figura del corpo sociale. Come le leggi fisiche sono l'espressione d'una serie costante di

fenomeni, così quelle pure del mondo morale esprimono una serie costante di fenomeni. E qui non entro in una questione, per me secondaria, che riguarda il libero arbitrio. Io parlo di successione costante di fenomeni, senza occuparmi se come forza modificatrice del fenomeno entri nel consorzio umano anche la libertà del volere e in qual parte. Ciò che noi chiamiamo energia individuale creatrice del diritto o spontaneità è la risultante di forze diverse: esperienze precedenti, tradizioni, sentimenti di un'età, egoismo che si fa altruismo entro una certa cerchia familiare o di corporazione, paura di convulsioni sociali. La volontà nostra si determina sotto l'impero di queste multiformi circostanze e cerca quella forma di adattamento che le sembra migliore.

Pertanto nessun filosofo o legislatore ha inventato le nostre leggi; non si deve confondere l'aspetto tecnico del diritto col suo fondamento naturale e storico, consistenti in una serie di fatti che hanno per origine l'umana natura e si ripetono nella società civile prendendo aspetto diverso secondo il grado di civiltà, il costume, la religione di ogni età. Quei matrimoni *more ferarum*, quelle vetuste permute dei prodotti della caccia e della pesca, le prime occupazioni del suolo, sovente eseguite con la violenza, sono la lontana genesi delle relazioni giuridiche di oggidì. Le norme della legge si presentano soltanto come formole, a mano a mano più perfezionate, di fatti dell'umano consorzio. Così sostanza del diritto e regola del legislatore sono termini correlativi; il diritto obbiettivo dei filosofi non è separato da quello subbiettivo (§ 14).

§ 8.

Fondamento naturale del diritto.

Qual'è il fondamento naturale del diritto? L'istessa natura dell'uomo che già la filosofia greca si raffigurò superiore a tutti gli ordinamenti delle città (1). E chiaramente Cicerone (2) disse doversi derivare la *natura iuris* dalla *hominis natura*. Ciò che in Grecia restò concezione teorica si maturò, in parte almeno, in Roma, sicchè i suoi giureconsulti poterono servirsene per giustificare quello che era avvenuto. Sebbene i Romani non si preoccupassero di costruire sistemi, si domandarono che cosa è diritto, che cosa è legge, in che relazione sta la legge col diritto. Dai fatti stessi sorgevano idee nuove: per quanto egoistiche fossero dapprima le leggi dei Romani, vediamo che la *plebs* a poco a poco rivendica i proprî diritti; e allora comincia il diritto del *civis* che si sostituisce a quello del patrizio. In seguito la cittadinanza viene ad estendersi a tutta l'Italia: indi anche alle provincie. Per tal modo lo *homo*, ossia *homo liber*, fu il subietto del diritto. I Romani allargarono così il concetto del diritto sino ad una facoltà spettante a tutti i popoli; ciò avvenne non per un puro processo logico, ma principalmente storico, poichè la norma giuridica, rompendo ogni cerchia patrizia e civica, si fece umana per necessità stessa delle cose. E

(1) Aristot., *Polit.*, I, 1, § 8-9; *Rhet.*, I, 13, § 2, 15, § 6; *Ethica*, V, 5, §§ 1-3, 5.

(2) *De legib.*, I. 17: *Natura iuris ab hominis repetenda natura.*

considerazioni economiche v'influirono pure (1). Mai per lo innanzi il diritto aveva raggiunto sì larga base: in oriente le caste, nella stessa democrazia greca le classi inferiori non parificate ai cittadini, impedivano la formazione di una comune norma giuridica. Così i Romani parlarono di un *ius gentium*, d'un diritto *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (2). Ma non bastava loro d'indicare il diritto come una facoltà umana; vollero anche determinare il valore delle norme giuridiche. E troviamo che ebbero un'intuizione simile a quella dell'odierno positivismo; il quale dice che il diritto è la espressione d'una serie costante di fatti. Scorrendo i frammenti dei giureconsulti classici, ci si presenta in taluni l'idea che il diritto scaturisce dalla ripetizione dei fatti (3). Così nell'esaminare che cosa è norma giuridica, non la dicono un frutto spontaneo della ragione, come i metafisici, e generata con mero artificio dialettico; ma uno specchio del fatto, una breve narrazione di questo, e in tanto esser vera, in quanto si accorda col fatto (4).

---

(1) Cfr. il mio discorso: *Le cause intrins. della univers. del dir. rom.*, nel *Circolo giurid.*, XVII, pag, 10 e seg.

(2) § 1, I. *de iur. nat.*, 1, 2.

(3) L. 4, 5, 6, D. *de legib.*, 1, 3.

(4) « Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur et (ut ait Sabinus) quasi causae coniectio est: quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum ». L., 1, D. *de R. I.*, 50, 17. Si ricordi qui anche la bella osservazione contenuta nella l. 2, § 18 C. *de vet. iur. enucl.* 1, 17: « divinae res perfectissimae sunt, humani vero iuris conditio semper in infinitum decurrit et nihil

Quest'idea di un diritto quale facoltà essenziale dell'umana natura, che è un lato dell'universa natura (1), si conservò in tutti i tempi. Divenne poi, in ispecie nel secolo decimosettimo e più nel decimottavo, il vessillo di quella scuola che appunto si disse del diritto naturale; e che, movendo da un'illusione benefica, fu tanto utile alla civil società. Ma la scuola del diritto naturale pretendeva analizzare l'uomo singolo e partiva senz'altro dai suoi affetti ed istinti classificati in categorie, immaginandosi l'uomo fuori della civil società o costrettovi a forza: questo era un concetto falso. Noi dobbiamo considerare il diritto come derivante dalla natura degli uomini stretti in società, nelle loro reciproche relazioni. Per quanto si risalga alle prime rudimentali forme di convivenza, troviamo sempre un nucleo sociale entro il quale l'uomo vive, e dove si forma il diritto che è forza individuale e in pari tempo forza sociale; troviamo che sempre vi è stata coscienza d'una vita umana in consorzi (2) i quali a mano a mano si vanno ampliando. La *natura hominis* di Cicerone è la psiche umana che appunto ha energie e atteggiamenti diversi se-

---

est in ea quod stare perpetuo possit: multas enim formas edere natura novas deproperat ». V. anche: Const. *de confirm. Dig.*, § 18 e Nov. 7, c. 2.

(1) Anche nel rinascimento filosofico, all'alba della storia moderna, dapprima si parlò in genere di natura, poi di natura dell'uomo. Windelband, *Lehrb. der Gesch. der Phil.*, p. 354.

(2) Cfr. riguardo alle memorie di nostra gente (forse antichissime) per l'Insubria, Strabo, *Geogr.*, V, 1, 6; per l'Etruria, V, 1, 11; per la Liguria, V, 2, 1; pel Lazio, V, 3, 2; per la bassa Italia, V, 4, 12. Onde egli pone la regola ἅπαντες γὰρ ᾤκουν κωμηδόν.

condo le diverse fasi del consorzio sociale in cui comincia ad esistere e si perfeziona (§ 9). Ma tanto è un fatto naturale la psiche umana, quanto quel consorzio, da cui non si può staccare un solo istante.

L'antica e la rinascente metafisica ascrive appunto alla psiche umana un modello ideale del diritto, buono per tutti i tempi e per tutti i luoghi, che sarà poi più o meno imperfettamente tradotto in leggi positive, e insieme dà a quella l'uffizio di giudicare le leggi al lume di un'astratta ragione e di prepararne altre che vengono sempre asserite più razionali. Quel modello ideale dicono diritto naturale; positivo chiamano il diritto tradotto in legge, quasi che anche questo non fosse naturale come il primo; il diritto naturale si asserisce perfetto, il positivo imperfetto e quasi indegno del filosofo.

Per il positivista non vi è qui che un problema di psicologia. Egli non chiede di dove venga la psiche umana; ma come sorga e funzioni nella civil società. Ciò che dicesi sentimento giuridico (1), coscienza giuridica precedente ad ogni legge, idea innata del diritto e del dovere si confonde agli occhi di lui coi caratteri naturali della psiche umana (2). Questa è veramente un centro da cui

---

(1) Oggetto di gradito studio, anche pei nostri giovani filosofi del diritto.

(2) Già Aristotele, *La politique*, trad. Barthelemy S. H., I, ch. 1, § 8, mirabilmente insegnava: « Ainsi l'état vient toujours de la nature, aussi bien que les premières associations dont il est la fin dernière; car la nature de chaque chose est précisément sa fin; et ce qu'est chacun des êtres quand'il est parvenu à son entier développement, *on dit que c'est là sa nature propre, qu'il s'agisse d'un homme, d'un cheval, ou d'une famille* ».

partono e al quale convergono molteplici raggi; si possono prendere ad uno ad uno e chiamarli con nomi diversi (morale, diritto, religione): tutti nondimeno si combinano e si integrano fra loro. Si parte dall'analisi delle manifestazioni psichiche dell'animale per intendere quelle, più complesse, dell'uomo. Ogni animale infatti ha una sua propria psiche, la quale corrisponde ai bisogni di esso; la natura speciale di una psiche dipende in primo luogo dalla natura delle sensazioni elementari che vi entrano, in secondo luogo dalle qualità di combinazioni delle sensazioni elementari che possono formarvisi (1). La psiche dell'uomo è di gran lunga superiore a quella degli altri animali e distinta da essa per le combinazioni formatrici proprie dell'uomo e senza confronto più favorevoli. Ciò si spiega non pure con le diversità anatomiche e fisiologiche; ma col concorso simultaneo degl'individui, e passati e presenti, per mezzo del linguaggio (2) e con quella « elaborazione del pensiero » che è propria dell'uomo. Malgrado le tante differenze tra la psiche dei diversi animali e fra la psiche di questi e quella dell'uomo si può salire ad uno schema teorico generale della psiche. In ogni animale essa riesce ad avere in se stessa quanto le abbisogna per il suo essere e per il suo agire: in ogni animale lo schema ideale della psiche è « un mondo possibile che si prepara come il piano dell'opera a chi ha da produrne uno reale ». Perciò ogni animale sente e agisce

(1) V. la mia memoria *Il fattore psic. del dir. natur. secondo l'Ardigò*, in *Rivista di filosofia e scienze applicate*, VII, 1, 1905, p. 155 e seg.

(2) Cfr. già Aristotele, *Politique*, I, ch. 1, § 10.

così come la sua specie comanda suggerendogli ciò che deve fare. La psiche dice all'uomo che egli ha bisogno di affermare certe sue facoltà, le quali costituiscono il diritto. Ma essa non gliele presenta mai, nella forma veramente naturale, se non in relazione ad altri esseri forniti di eguale facoltà. E la relazione si palesa tanto nella genesi del piano ideale della psiche umana, quanto nel continuo tentativo di attuarlo (§ 15). Nella specie umana, dove la psiche sorge alla formazione dell'idea del diritto, non si ha infatti la ristretta cerchia di una coscienza sola, ma questa entra, come parte, nella vasta cerchia della coscienza dell'umanità tutta quanta. Lasciamo ora la parola al filosofo (1): « Un concetto nato in un individuo, per le diverse maniere di comunicazione morale esistenti fra uomo e uomo e massimamente per la *parola*... passa da coscienza a coscienza. E passa lo stesso concetto anche dalle generazioni passate alle successive. Per la predisposizione organica ereditata nella nascita, per la educazione, le usanze, le istituzioni, le lingue, le arti, i monumenti, i libri. Anche se per gran tempo dimenticato e per ciò inattivo; come delle idee pregne di avvenire, espresse in un libro per molti anni non conosciuto, e quindi rimaste per molta età infeconde; alla guisa di quei grani di frumento, che tratti dai sepolcri delle mummie, furono fatti germogliare dei secoli dopo la loro maturazione ». Qui il filosofo nota che soltanto il positivismo spiega scientificamente la dote d'*impersonalità* dell'idea umana, già notata anche dal platonismo. Continua poi così: « Il principio dell'ambiente rende ragione delle

(1) Ardigò. *Op. filosof.*, III, p. 54.

differenze dei prodotti psichici, da individuo a individuo, da famiglia a famiglia, da popolo a popolo. E delle forme psichiche speciali delle diverse età di un uomo e quelle dell'umanità intera... L'ambiente sociale è per un uomo singolo come l'ambiente del nostro pianeta per una pianta che vegeta sopra di esso... L'ambiente sociale è anch'esso una naturalità, collegata per la serie infinita degli effetti, all'essere universale. Con ciò anche la psiche di un uomo singolo, e di una società data è *naturale* in modo assoluto. Ed è con questo concetto che deve essere integrata la dottrina della scuola storica della formazione delle legislazioni, perchè sia in tutto vera, e non una ripetizione in larga scala dell'errore del materialismo di concepirla come una mera accidentalità ».

Non a torto dicevamo dunque esser fondamento naturale del diritto come bisogno dell'uomo la sua stessa psiche; ma non poterai mai disgiungere da quell'altro pur naturale fattore che è il nucleo sociale in cui l'uomo vive. E così cercando il fondamento naturale del diritto si cade qui pure inevitabilmente in una ricerca della genesi storica della psiche. La scienza contemporanea confessa apertamente che il piano ideale della psiche umana è sempre relativo a un'età (1), come l'ampiezza dell'orizzonte dipende dal punto in cui l'osservatore si trova. Ormai si acquista la persuasione piena che risalire alla natura umana in astratto niente giova per attingere ad essa una norma *a*

(1) Cfr. anche di recente L. von Savigny, *Das Naturrechtsproblem,* negli *Jarb. für Gesetzg. Verw. und Volksw.* XXX, 1901, p. 407-437; Stern, *Rechtsph. und Rechtsw.* Berlin 1904.

priori del diritto, e che questa può invece essere ricercata nella natura dell'uomo che vive in un determinato consorzio sociale: dove alle facoltà primigenie di essa si è aggiunto un più o meno lungo tirocinio di educazione sociale. Se la psiche umana fuori dei sociali consorzî è una fallace astrazione, la psiche umana al primo formarsi di essi non si può risuscitare che con una difficile ricerca storica; nella quale corriamo il pericolo di dar molta parte dell'adulta psiche nostra alla psiche infantile dei nostri remoti avi. Così si conducono i metafisici.

La relazione della psiche umana col consorzio sociale, che figura spesso come limite all'attuazione di tutto il piano ideale di essa, ci porta ai contrasti fra il diritto attuato e il diritto attuabile (§ 15).

§ 9.

Il diritto come formazione storica.

Nel paragrafo precedente ci è apparsa la fonte prima del diritto, ossia la psiche umana, una storica formazione: qui vedremo tal carattere in uno dei lati del piano ideale che essa va successivamente attuando. E quel carattere ci ammaestrerà che certi problemi, a torto trattati astrattamente, son problemi storici. L'uniformità della psiche dell'uomo nelle fasi successive di educazione sociale ci permette una storia ideale dello svolgimento del diritto che conviene press'a poco a tutta l'umana famiglia.

Se il diritto scaturisce dall'umana natura che attua le sue forze in nuclei e collettività sociali, l'aspetto del diritto, come in genere di queste,

dipende dalle condizioni storiche, le quali determinano periodi diversi con proprî caratteri. Il diritto di ogni popolo ha un fondamento storico nella civiltà del periodo cui riferiscesi; per quanto si riproducano tipi simili di giuridiche istituzioni è impossibile che identico sia il diritto di due diversi periodi storici. Noi per tradizione conserviamo talora ciò che già ripugna alla realtà del presente generando forzate somiglianze col passato e contraddizioni strane.

Nelle lontanissime società umane il diritto non si presenta come un concetto distinto da altri lati della vita sociale; si ha una omogeneità della vita primitiva. Esso è confuso con la consuetudine, con la morale e con la religione che abbraccia tutta quanta la vita dell'individuo, e perciò anche i principî giuridici. La vita sociale, dapprima così complessa, si distingue poi col progresso della società stessa: l'omogeneo si fa eterogeneo. Su questo periodo lontano del diritto ha meglio d'ogni altro richiamato l'attenzione, come sappiamo, la scuola storica tedesca al principio del secolo decimonono; ma essa in gran parte non fece qui che dilucidare i concetti e dar la prova delle intuizioni di un dotto italiano, un tempo non inteso, G. B. Vico (1). Si deve pure osservare che l'antico diritto facilmente

---

(1) Nella *Scienza nuova;* ma anche negli scritti minori che troverai ben ordinati nella edizione curata dal Ferrari. Nè si debbono dimenticare qui, sebbene da usare con prudenza, gli scritti attraenti del Sumner-Maine sul diritto antico, sulle primitive consuetudini, sulle istituzioni primitive. Cfr. Vanni, *Gli studi di H. Sumner-Maine e le dottr. della filos. del dir.*, Verona 1892, e l'articolo del Pollock, *S. H. Maine as Jurist*, nella *Edinburgh Review*, lugl. 1893, p. 100 e seg.

sfugge all'occhio di chi lo cerca già allora in facoltà dell'individuo in sè e per sè. Nella storia ideale del diritto, o schema della sua storica evoluzione si può asserire che l'individuo va affermandosi a poco a poco, il diritto si fa lentamente individuale a traverso corsi e ricorsi storici.

L'istituto della *persona giuridica,* che ci appare così vigoroso nel diritto romano, come nelle corporazioni medioevali e, sotto altra forma, nel diritto odierno è press'a poco il tipo di ciò che fu antichissimamente il diritto. La persona giuridica, o persona collettiva, in tempi storici si determina dai bisogni che più si fanno sentire in un dato periodo storico. Talora sono le condizioni dei forestieri in un luogo (1), talora la vicinanza di abitazione (così il romano *collegium capitulinorum*), talora la comunanza di interessi che determinano le corporazioni. Secondo che predomina nella moltitudine l'ascetismo, la filantropia, la speculazione industriale sorgono corrispondenti corporazioni. Così fu in età, cui a fatica risale la storia, nelle quali la debolezza fisica del singolo e il bisogno di compatte unità tattiche fecero sorgere convivenze sociali, come embrioni di posteriori persone giuridiche, ove l'individuo era fuso senza facoltà del tutto proprie.

Ma l'osservatore dee tener conto anche dei sentimenti e delle opinioni degli antichi popoli. Il

(1) Così a tempo dei Romani i mercanti di Berito a Pozzuoli, gli asiatici a Malaga. Cfr. Boissier, *La religion romaine d'Aug.*, etc., II, p. 289 e seg. Dai *vicani* o borghesi abitanti per ragioni di commercio attorno ai *castra* dei Romani sorsero *vici* e da questi poi diverse città, come Magonza in Germania.

Carle (1) scrive che questi, per essere poveri di concetti e di istituzioni, vogliono costantemente far rientrare nei pochi concetti e nelle poche istituzioni da essi possedute tutte le relazioni sociali, anche di carattere diverso. Perciò tutta la convivenza primitiva si aggirò sulla famiglia come sopra un perno, tutti i vincoli sociali si richiamarono al vincolo del sangue o di razza. Come oggi, anche nell'antichità, trovi diffusissima l'opinione che tutta quanta la convivenza era stata regolata e costituita dalla famiglia; fu l'opinione dominante dell'antichità dice lo Hermann (2). Quantunque in larga parte questa opinione sia stata un prodotto di speculazione o di astrazione delle condizioni reali presentate dalla storia o dal mito (l'una e l'altro ricordano quasi sempre una gente che si impone agli indigeni od occupa un territorio essendo già molto numerosa), conserva nondimeno un incosciente ricordo di tempi remotissimi ed antecedenti alla storia.

E l'antichità aveva il torto, assai maggiore in noi, di supporre una famiglia come quella che abbiamo sott'occhio. Si pensi ad esempio a traverso a quante varie forme è passato molto probabilmente il concetto di parentela del sangue (3) prima che l'uomo, la donna e i discendenti formassero un gruppo stabile di consanguinei legati da relazioni fisse e producenti effetti che noi diremmo giuridici. La vetusta famiglia fu spesso un concetto assai più ampio della nostra, nè sempre sembra esistita; un tempo la surrogò forse un ag-

(1) *La vita del dir.*, p. 27, n. 1.

(2) *Griech. Staatsalterthüm.*, § 98.

(3) Lubbock, *Les origines de la civilisation*, ch. IV.

gregato meno perfetto che pure è un rude tipo di persona giuridica. Dall'orda, dal primordiale nucleo, come da un insieme nel quale si erano infino allora confusi tutti i rapporti coniugali e parentali, emersero distintamente famiglie più ristrette coi figli e gli schiavi (1). Comunità di famiglie successero alle comunità di villaggio (2) come le dicono gl'Inglesi. È uno dei più bei progressi della ricerca storico-filosofica odierna l'esame di questi tipi di convivenza non ancora del tutto scomparsi. Istituti di popoli diversi mostrano non supposte somiglianze.

Già il Niebuhr (3) osservava che è difficile trovare un istituto delle antiche civiltà più diffuso della *gens* romana. Si riscontra anche in quei lontani tempi che lo Hearn (4) elegantemente appella *gentis cunabula nostrae*. Il Freemann (5) poi giustamente asserisce che il γένος ateniese, la *gens* romana, la *Mark* tedesca, la *comunità di villaggio* orientale, il *clan* irlandese sono nell'intima essenza un'unica istituzione sotto forma e aspetti diversi. E il Sumner-Maine, cui tanto dobbiamo pei suoi diligenti e ripetuti studî sull'India, discopriva in questo paese, che fu culla della nostra civiltà, un'istituzione che sembra rimontare alla più remota età; egli la disse *comunità di villaggio*

(1) Schaeffle, *Struttura e vita del corpo sociale*, ed. Bocc., III, p. 17.

(2) Laveleye, *De la propr. et de ses formes primitives*, 3.ª éd., Paris 1882, ch. XII. Per esempî odierni di queste primordiali convivenze cfr. Schiattarella, *Note e problemi di filosof. contemp.*, Palermo 1891, p. 42, 43 e 58.

(3) *Hist. rom.*, trad. De Golbery, I, p. 313.

(4) *Arian household*, ch. XII.

(5) *Comparative politics*, London 1878, p. 102.

e la paragonò alla *gens* romana (1); sono infatti più famiglie che si credono discendenti dallo stesso stipite, hanno tra loro un vincolo di parentela naturale o artificiale, formano insomma una corporazione con proprî funzionarî, ed un proprio patrimonio, che forse anticamente fu del tutto indiviso e che tuttavia conserva tracce evidenti di collettivismo, perchè anche oggi riesce impossibile distinguere i diritti delle persone da quelli sulle cose (2); nè è lecito trasmettere gl' immobili senza il consenso di tutti i membri della comunità (3).

In questa « corporazione di comproprietarî formata sul modello di una associazione di parenti » (4) e dove nei remoti tempi, più che oggi, era da discoprire una persona collettiva rappresentante una grande famiglia artificialmente estesa, è naturale che ciascun singolo si sentisse in quella medesima

(1) *Ancien droit*, trad. Courcelle, p. 249. Non si deve nascondere che gli insegnamenti del Maine sono stati vivacemente contraddetti da B. H. Baden-Powell (*The Indian village Community*, London 1896, e *The origin and growth of village Communities*, London 1899). Ma la sostanza della dottrina del Maine ne esce intatta anche secondo i recensenti di quest' opera (prof. N. Tamassia e Tivaroni) nel *Giornale degli econom.*, luglio 1900, p. 73. Press'a poco giudica dell'opportunità dei confronti del Maine, malgrado quella critica del Baden-Powell, il Pollock (*Introd. and notes to sir H. Manine's « Ancient Law »*, London 1906, p. 49-51).

(2) Sumner-Maine, op. cit., p. 245.

(3) Sumner-Maine, op. cit., p. 248.

(4) Sumner-Maine, op. cit., p. 249. Oggi il tipo è trasformato e le comunità di villaggio indiane si formano di acquirenti di parti di terreno col consenso dei comproprietarî. Vedi un articolo dello Spencer nella *Rivista di filosofia scient.*, I, p. 370.

relazione in cui nelle figure giuridiche del posteriore diritto ravvisa se stesso il membro di una corporazione di fronte al *corpus* o alla *universitas*. È stato osservato che quest'antico nucleo, il quale pure si presenta sotto varie forme, ebbe speciali denominazioni ad esse corrispondenti: tal fatto linguistico è una conferma della precedente asserzione del contrapposto tra la collettività e il singolo.

L'istesso Sumner-Maine in apposita opera fece interessanti confronti tra quella istituzione indiana e le consimili esistenti ab antico presso i popoli dell'occidente partiti da uno stesso ceppo (1), e il De Laveleye in un suo originalissimo e dottissimo libro sulle forme primitive della proprietà (2) dimostra veramente quell'affermazione del Freeman che sopra fu riferita. La comunità di villaggio è un robusto e flessibile istituto che in tempi e luoghi diversi sembra aver vissuto florida vita presso le varie ramificazioni della grande famiglia indoeuropea: oggi pure non è totalmente scomparso, sebbene sia stato soggetto a rilevanti modificazioni. Anche il De Laveleye nota a proposito di siffatto antichissimo nucleo sociale: « c'est une vraie corporation perpétuelle qui se transmet un patrimoine de génération en génération » (3).

Vi è veramente una figura simile alla persona giuridica. Si tratta appunto di una persona collettiva naturalmente costituitasi, ossia di un nucleo che è spontanea forma di adattamento della con-

(1) *Études sur l'hist. des institut. primit.*, trad. Durion, Paris 1880.

(2) È il libro citato sopra, p. 79, nota 2.

(3) Laveleye, op. cit., p. 196.

vivenza primitiva alle condizioni in mezzo a cui si svolge. L'individuo ha diritti in quanto fa parte di essa. I beni son patrimonio della comunità: essa possiede, acquista, gode, eredita la massa dei beni sotto la supremazia del capo della gente o dei padri (1). I beni, divisi pel godimento temporaneo, ritornano a comporre una sola massa che è il patrimonio dell'ente collettivo (2). Forse si ebbe qualche cosa di simile anche presso gli Ebrei. Appena su pochi oggetti mobili, come la tenda, le armi, gli utensili sembra affermarsi una proprietà individuale o l'eredità (3).

Pertanto nella successione cronologica dei concetti è molto più antico quello di persona collettiva che l'altro di persona individuale. E mentre nei nostri manuali di diritto, e già nei libri dei giuristi romani, si parte dall'uomo in quanto è subietto di diritti, ossia persona (si rappresenta poi la persona giuridica come un artificiale e quasi posteriore ampliamento della dottrina della personalità), nella storia ideale del diritto accade precisamente l'inverso. A noi resta ovvio concepire l'uomo come subietto di diritti privati senz'altro carattere che quello di esser uomo, difficile intendere il meccanismo di una *universitas*, che pure è persona. Pei lontanissimi nostri progenitori era

(1) Schaeffle, op. cit., III, p. 32.

(2) Sumner-Maine, *Ancien droit*, p. 251-252; De Laveleye, op. cit., p. 31. Il ricordo delle ripartizioni periodiche del suolo durava verosimilmente presso i Greci ai tempi di Solone. Cfr. la mia memoria *Le cause econ. delle riforme politiche nella costituzione ateniese secondo Aristot.*, nel volume *Pel XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini*, Firenze 1892.

(3) Sumner-Maine, *Études* cit., p. 137 e seg.

invece naturale che tutti i diritti spettassero all'unica e vera persona, la collettività, di cui essi facevan parte.

A Roma (le sue istituzioni si collegano oggi, com'è naturale, in una grande catena con quelle degli altri popoli) la *gens*, in cui chiudesi il primitivo diritto romano e tutta la proprietà vetusta, rappresenta una continuazione o trasmissione di un ordinamento preromano delle stirpi (1). Ogni *gens* fu dapprima un'unità con proprio capo (*magister gentis*), proprio statuto (*mos*), culto e proprie adunanze: fors'anco non le mancò uno speciale processo civile e criminale (2). I diritti spettarono al *gentilis* come tale, non perchè individuo. Forse nella massa o folla (*plebs*), priva alle origini di ogni ordinamento, i diritti di concludere certi atti necessari alla vita, senza le solenni forme gentilizie, apparvero subito come spettanti all'uomo, all'individuo anzichè al membro di una corporazione. Da questo aspetto l'originario diritto plebeo fu di somma importanza, già opportunamente valutata dal Vico (3). Certo si è che in Roma fu la più grande affermazione dell'individuo nel diritto privato, il quale si andò liberando a grado a grado dai vincoli della collettività gentilizia dapprima, della civica poi. Tutte le prische formole giuridiche romane dimostrano, già l'affermazione dell'individuo.

Nel diritto politico invece corsero lunghi secoli primachè l'individuo si disgregasse dallo assor.

(1) La frase è anche del Voigt, *Die XII Tafeln*, II, p. 771-772.

(2) Voigt, op. cit., II, p. 738-777.

(3) *De constant. philolog.*, p. 397-98, op. III.

genti collettività di corporazione, uscisse fuori da quegli stati (nobiltà, clero, borghesia) ove, sotto mentite forme, rivivevano le antiche caste, rendendo artifizioso e violento tutto l'ordinamento sociale (§ 10). Fu merito della rivoluzione francese, esprimente qui le idee dei filosofi del diritto naturale (1), d'aver fatto una solenne *dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (4 agosto 1789) che costituisce una delle pagine più gloriose di quella e ci fa assistere all'apparizione di un nuovo centro storico.

Così individuo e società politica, diritto individuale e sociale si combinavano in una formazione storica in cui fosse rispettato l'interesse del singolo e di tutti. Corre forse l'umanità novella a ritroso di questa corrente per sommergere di nuovo l'individuo in un gran tutto sociale? (2).

Il diritto primitivo fu inoltre, per quanto si può distinguere da altri fattori della vita sociale, un diritto simbolico. Non vi era atto della vita quotidiana che si compiesse semplicemente come oggi. I contratti più comuni, compra, vendita, locazione, conduzione, i testamenti, gli acquisti delle proprietà, ecc., erano avvolti in simboli esterni; legati a dichiarazioni o formole, talora dialogiche, immutabili. Era necessario che si agisse in quel certo modo, si pronunciassero quelle precise parole, si compiessero quelle rigide formalità. Che cosa significano questi simboli? che cosa vuol dire questa mimica del diritto accompagnata da parole che

---

(1) Sia pure col modello dei *bills of rights* americano, come sostiene ora lo Jellinek.

(2) Si fa perfino una mordace critica socialista dei principi della rivoluzione francese.

talora avevano una movenza ritmica? Posto che tutte le manifestazioni della vita sono derivate da cause che noi possiamo e dobbiamo investigare, anche questa rappresentazione simbolica del diritto deve avere il suo significato: e sta appunto in ciò che in quelle remote età, come nella educazione del fanciullo, non si può parlare all'intelletto dei popoli, ma piuttosto alla loro fantasia. I simboli erano un fantastico linguaggio; non a torto sono stati detti simboli di prova e di riduzione (1), perchè si consegue così lo scopo di giungere nel modo il più facile a rappresentare e ridurre a forma concreta idee astratte. È il metodo per educare i popoli nella loro infanzia.

Il popolo che per primo venne studiato fu il romano, e si discoprì che nelle origini del diritto romano tutti gli atti più usuali della vita dovevano essere compiuti con un simbolismo ferreo che incatenava l'individuo. Cicerone (2) deride questo formalismo e questa simbolica del diritto e Giustiniano nella sua cost. proemiale alle istituzioni (3) parla di *antiquae iuris fabulae*. Ma ben altre considerazioni meritano questi simboli o reliquie, che direi, fossili del vetusto diritto. Il Vico pose fra l'altro questa massima di un altissimo valore scientifico: « L'antica giurisprudenza fu una severa poesia, il diritto romano dei primi tempi un serio poema » (4). Il Vico con un semplice lavoro

(1) Cfr. Ferrero, *Dei simb. nella storia e nella filosofia del diritto*, Torino 1893; Marchesini, *Il simbol. nella conosc.*, Torino 1891, p. 81 e seg.

(2) *Pro Murena*, c. 12-13.

(3) *Const. imperator. maiestatem*, § 3.

(4) *Principi di Scienza nuova*, lib. IV, corollario. Ne raccomando la lettura.

d'induzione parte dal diritto romano per asserire che tutta l'antica giurisprudenza è poetica. Gli studii fatti posteriormente hanno invero confermato che tutti gli antichi diritti nella loro fase primitiva furono simbolici; gli stessi simboli compaiono talvolta presso popoli lontani e di origine e d'indole tra loro diverse, come sarebbero gli Indiani e i popoli occidentali di razza germanica (1). Nell'Africa troviamo ancora il simbolismo del diritto: p. es. i trattati di alleanza non si possono concepire senza un rito esteriore: è necessario che i capi delle tribù o gli stranieri con cui si fa alleanza uniscano il loro sangue facendolo scaturire da una ferita al braccio. La procedura degli Etiopi odierni ricorda il rigoroso *lege agere* dei Romani (2). Non farà dunque meraviglia che nel prisco diritto romano, il quale anche per altre poco esplorate vie si collega ai precedenti, sussistessero tuttora molti di questi simboli attinenti ad es. alla *mancipatio* (modo di acquisto della proprietà: *manu capere*),

---

(1) Cfr. Grimm, *Deutsche Rechtsalterhümer*, 1828. Già nel 1816 aveva scritto un'interessante dissertazione sulla poesia del diritto, che si trova nel vol. II della *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.* Per la Francia v. Beugnot, *Dissert. sur les cérémonies symboliques usitées dans l'ancienne jurispr. franç.*, 1828; e meglio Michelet, *Origines du droit franç. cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Bruxelles 1840; Chassan, *Essai sur la symb. du droit*, Paris 1847. Il prof. Scialoja propose fra noi una raccolta di usi giuridici popolari (*Antologia giuridica* già diretta dal prof. Delogu a Catania, I, p. 441-445) che, ne son certo, svelerebbe molta parte di un simbolismo giuridico tuttora vivente nel popolo.

(2) Cfr. la cit. op. del Post, *Afrik. Jurisprudenz*, p. 105, ove parla della scommessa processuale degli abissini, e D'Abbadie, *La procédure en Éthiopie*, Paris 1888.

alla *vindicatio* (rivendicazione della proprietà: *vim dicere*), alla *confarreatio* (matrimonio). Troveremo spesso la *hasta*, la *festuca*, la bilancia, il getto di un sasso sull'edificio che il vicino fabbrica e dal quale si teme danno, ecc. (1). Formole apposite trovi per le *actiones iuris* e per le *legis actiones*: nè si possono in alcuna guisa modificare da chi se ne serve (2). Così soltanto l'antico diritto, per mezzo di dotti inventori di quelle formole, acquista ovunque precisione nelle dichiarazioni di volontà.

Gaio, sebbene vissuto ai tempi di Antonino Pio e di Marco Aurelio, ricorda la storia degli istituti romani e pone in rilievo la parte simbolica di essi. Nelle sue istituzioni, lib. IV, § 16, descrive come si agiva in giudizio per rivendicare una cosa (*vindicatio*). Se la cosa era mobile come un animale, uno schiavo ecc., si portava davanti al pretore; se immobile, una parte di essa, come una zolla del fondo, un embrice della casa; se troppo vasta, come un gregge, una pecora. Quanto al rito è meglio lasciar parlare Gaio stesso:

« Qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, ueluti hominem et ita dicebat HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAUSAM, SICVT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSVI, et simul homini festucam inponebat; aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque uindicasset, prætor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior uindica(*uerat ita alterum interroga*)bat POSTVLO ANNE DICAS QUA EX CAVSA VINDICAVERIS; ille re-

(1) L. 6, § 1 D. *si serv. vind.*, 8, 5; l. 5, § 10 D. *de N. O. N.*, 39, 1.

(2) Gai., *Inst.*, IV, 11.

spondebat IVS FECI SICVT VINDICTAM INPOSVI; deinde qui prior uindicauerat, dicebat QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter ET EGO TE » (1).

In tutta questa parte simbolica vi è una successione di concetti razionali che oggi ognuno comprende. Si portava in giudizio la cosa perchè l'oggetto doveva essere esattamente determinato e non si capiva che non si potesse altrimenti determinare se non vedendolo. Tanto è vero che Gaio dice che se la cosa non si poteva portare in giudizio, bisognava almeno recarne una parte. Ecco perchè la procedura di rivendicazione si diceva *in re praesenti* (2). Dunque è necessario che si veda l'oggetto. Oggi ci serviamo di documenti, di certificati catastali. Colui che rivendicava la cosa doveva toccarla con un bastoncello, e si volea dire che il diritto di proprietà in Roma era scaturito dalla conquista. La pagliuzza non rappresentava che la lancia, la quale doveva essere innalzata anche dove si facesse una pubblica vendita (3). Il toccare la cosa con la pagliuzza significava il prenderne possesso quasi mediante una conquista. E siccome i diritti del popolo romano si facevano valere con la forza, e un tempo anche i diritti privati si garantivano

(1) Lo studente ricorra qui a Gaio stesso in una delle buone edizioni, ad es. quella del Krüger et Studemund, che è il primo volume di una pregevole raccolta di libri di diritto antegiustinianeo.

(2) Cfr. anche nelle contese fra i municipî pel territorio, Livius, XXXIV, 62, 15, XL, 17, 1, XLII, 23, 3.

(3) Gaio medesimo, IV, 16, spiega questo simbolico significato della *festuca*.

con la forza, così il processo rappresentava quasi un duello giudiziario; ma la lotta era ridotta ad una *vis civilis* come dice Gellio, a una *vis* simbolica (1). E bisognava pur dare un altro concetto: che al periodo della forza era appunto subentrato un diverso periodo, nel quale i diritti dovevano esser fatti valere davanti all'autorità. Ecco perciò che interviene il pretore con le parole rituali: *mittite ambo hominem*.

Pertanto il cerimoniale è un impaccio di cui gli uomini non si accorgono se non quando sentono di poterne fare a meno. L'ideale della semplicità degli atti è soltanto un frutto di società moderne: caddero in un vero errore i filosofi del secolo decimottavo parlando di uno stato libero di natura (l'idea fu benefica come arma di battaglia) e affermando libero l'uomo selvaggio più del civile. Gli studi sulle società umane primitive mostrano il contrario; la vita del selvaggio è regolata da consuetudini e formalità che in ogni parte stendono il loro impero, sì da renderlo soggetto ad esse senza autonomia o con scarsissima autonomia. Il diritto rispecchia questa molteplicità primitiva di forme che poi sopravvivono anche divenute inutili e lasciano traccia di sè in formulari tradizionali degli atti giuridici.

Il diritto sottoposto ad analisi come formazione storica ci mostra anche le sue relazioni con le re-

(1) Gellius, *Noct. att.*, XX, 10. Cfr. le belle considerazioni dello Jhering, *Geist des röm. Rechts.*, I, § 11 (anche nella buona versione francese del Meulenaere). Il Vico, loc. cit., con bella frase aveva detto che « tutte le finzioni dell'antica giurisprudenza furono *verità mascherate* ».

ligioni, con le regole della morale, con la costituzione economica della società civile, ecc.

La religione ha un valore non pure individuale, ma sociale (1). Essa afferma anzitutto certe relazioni fra l'uomo e le potestà celesti che egli assume a fattrici e guidatrici del mondo; quelle relazioni si rispecchiano poi, in varia guisa e misura, nelle relazioni degli uomini in società. La varietà e la misura dipendono dal grado di civiltà: la norma giuridica si stacca dalla religiosa, quanto più l'uomo giunge ad afferrare lo scopo di quella indipendentemente da questa. Ma l'una non distrugge l'altra riducendosi ciascuna nella propria cerchia, senza che non vengano talora ad incontrarsi ed urtarsi (2). La religione santifica dapprima l'ordinamento politico delle società umane. Presso gli Indiani antichi, e in parte presso i Persiani, troviamo la società civile stratificata in tante caste immutabili; non si può passare da una all'altra. Ciò perchè si reggono sovra un dogma religioso: le varie caste scaturiscono dalle diverse parti del corpo di Brahma, e come è impossibile confondere l'una parte del corpo con un'altra, così gli individui appartenenti a caste diverse. All'opposto in

(1) Cfr. James, *Le varie forme della coscienza relig. Studio sulla natura umana*, trad. Ferrari e Calderoni con prefazione dell'Ardigò, Torino 1904. L'argomento deve essere ancora studiato. Nel 1899 uscì il libro di R. de la Grasserie: *Des relig. comp. au point de vue sociol.* Si consulterà utilmente anche su ciò *L'Année sociologique*, annuale pubblicazione alla cui testa è l'esimio Durkheim e la *Revue de l'hist. des relig.*

(2) Esempio notevole il divorzio e il principio d'indissolubilità del matrimonio proclamato dalla Chiesa cattolica.

Roma il patriziato e la plebe, malgrado la primitiva diversità degli *auspicia*, si fondono insieme fors'anche perchè il concetto religioso non conduceva, come in oriente, ad una completa separazione delle caste. Il mito pagano di Saturno manteneva efficacemente il ricordo di quell'età aurea (così generalmente sognata dagli antichi) nella quale gli uomini erano tutti liberi ed eguali fra loro. Quindi fu possibile la fusione delle due parti del popolo che avevano un'origine comune. Il diritto privato giunse così a quel tipo che già sappiamo. E tutto l'antico regime politico, come noi chiamiamo quello spezzato dalla rivoluzione francese, non pretendeva forse di aver ricevuto una sanzione religiosa atta a renderlo immutabile?

Istituti e massime giuridiche svariatissime ebbero la loro origine dalle religioni (1). Non soltanto perchè il legislatore si affermò ispirato da un nume e i sacerdoti furono, anche in Roma, i primi giuristi (§ 12) e insegnarono a concludere atti giuridici e guidarono processi; ma perchè, oltre questa relazione esteriore fra religione e diritto, quella e questo furon congiunti da sostanziali relazioni. La terra in proprietà umana divenne un *templum* diviso e orientato come il celeste *templum* dei numi. Un gran *templum* era la città agli occhi del sacerdote, le cui benedizioni rimasero nelle tavole engubine; era agli occhi del sacerdote romano la Roma quadrata ed ogni colonia che poi si staccò dalla madre, riproducendone l'effigie. I confini dei campi furon consacrati dalla religione: sicchè vio-

(1) Cfr. il fortunato libro del Fustel de Coulanges, *La cité antique*, da leggersi nondimeno con prudenza.

lare il diritto fu qui pure un'offesa ai numi. Il matrimonio a forma di poligamia presso i popoli orientali si fondò sopra un concetto religioso ed oggi pure vedi tal relazione presso i Mormoni. Lo scopo di aver figli, come unico nel matrimonio e causa perciò di divorzio quando la donna fosse sterile, non derivò forse dal bisogno religioso che il focolare domestico ardesse sempre, come il fuoco della città, e il figlio procurasse coi sacrifizî ai numi la pace allo spirito del padre defunto? L'erede non può mai mancare; ecco la necessità prima di figli adottivi che nella Grecia classica sono i futuri eredi; ecco l'istituto della donna ereditiera, ultima di sua stirpe, che secondo il diritto attico viene rivendicata, in un con l'eredità, dal più prossimo parente, anche se già sposa di altri, per continuare la famiglia paterna. La religione cristiana, rendendo diverso lo scopo del matrimonio, più completo il concetto della società coniugale, diverso il culto dei defunti, potè aspirare a connubî indissolubili anche mancando la prole. E tante e tante massime romane non si spiegano che con idee religiose. Era proibito, ad esempio, al romano, di disporre per testamento di parte delle sue sostanze e lasciare che per l'altra avesse luogo la successione per legge; *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (1). Forse per un concetto religioso: secondo il quale si voleva che la successione nei *sacra domestica*, cioè nel culto religioso domestico, non fosse scissa fra più eredi e in una sola persona continuasse la rappresentanza familiare. È noto come anche presso gli Indiani dall'esatto adempimento delle formalità

(1) L. 7 D. *de R. I.*, 50, 17, § 5, I. *de her. inst.*, 2, 14.

religiose dipenda la successione ereditaria. Tutti sanno infine come i *giudizi d'Iddio* rappresentassero la più evidente persuasione che ogni diritto dovesse aver la miglior tutela nell'immediata protezione dei numi. Come intervenivano nelle battaglie omeriche, così dovevano render vittorioso il campione del buon dritto.

Ciò che è stato detto delle relazioni fra il costume, la religione e il diritto devesi pur dire delle relazioni fra questo e la morale, che in gran parte dapprima è compresa nella religione e solo in età progredite da questa si disviluppa, prendendo pure la figura di una scienza positiva.

Nell'infanzia dei popoli il principio giuridico ed il morale sono fra loro compenetrati: non si può dire dove cominci l'uno, dove cessi l'altro. Quali sono i sentimenti morali di un popolo, tali i suoi istituti. Ma anche qui dobbiamo osservare che, salvo pochissime massime generali, quelli che noi crediamo tipi stabili della morale son tipi lentamente formatisi ed in continua formazione. E di vero noi non crediamo oggi conforme a morale ciò che un tempo credevasi tale. È notissimo l'esempio del furto non punito, se destramente fatto, a Sparta. Ma, ad esempio, nella famiglia chi crederebbe oggi morale che il padre vendesse per estrema povertà i figli neonati come nel diritto di Costantino il grande e di Giustiniano? (1). Chi crederebbe lecito avere schiavi o rendere schiavo il debitore insolvente? Chi crederebbe onesto sottrarre tutto il patrimonio paterno ai figli o escludere totalmente le figlie, o favorire soltanto il primogenito, come pure avveniva sino a poco fa? Chi crederebbe ancora

(1) L. 2 C. *de patrib. qui filios suos distrax.* 4, 43.

morale dare all'operaio un salario insufficiente per vivere, non preoccuparsi della inabilità che lo colpisce per infortunio o vecchiezza, disinteressarsi affatto degli emigranti? Il diritto prende colorito diverso secondo le idee morali di ogni tempo; ma purtroppo soltanto un'età posteriore discopre le *iniquitates iuris* della precedente (1).

Quando anche il principio giuridico è distinto dal morale, non ne viene la loro completa scissione: l'uno e l'altro conservano reciproci rapporti, come hanno una comune origine. Il problema delle relazioni fra morale e diritto, che fu capitale per la scuola del diritto naturale e tuttora affatica i filosofi del diritto, è anzitutto un problema storico; nel moderno positivismo si presenta omai in modo più facile ad essere studiato perchè ci siamo liberati dall'idea che il diritto fosse una norma imposta ad arbitrio dai reggitori degli Stati. Pareva a torto l'un termine, il diritto, dominato dall'arbitrio: non l'altro, la morale. Morale e diritto hanno invece una sostanziale identità o sono in continuo reciproco movimento (2). Dall'istesso fondo, la coscienza popolare, muovono tutti quanti i sentimenti: alcuni di essi si fanno giuridici, altri restano semplicemente morali (3). Non a torto dissero i Romani che tutto quanto il diritto si può richiamare ai tre precetti, che sembrano l'impe-

(1) Cfr. per le *iniquitates iuris* corrette dal pretore romano, Gai., III, 25. Si riconosce l'esistenza nel passato di *iuris angustiae* nel § 3, I, *de sen. tert.*, 3, 8.

(2) Falchi, *Sulla differenza della mor. dal dir.*, Perugia 1904, e la mia cit. nota *Nel regno della filos. del dir.*

(3) Cfr. Salvatori, *Saggio di uno studio sui sentim. mor.*, Firenze 1903.

rativo categorico del filosofo: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (1).

Ma come si può distinguere la parte dei sentimenti del popolo che traducesi in norma giuridica da quella che resta puramente morale?

Nelle relazioni morali umane noi ravvisiamo (partendo necessariamente da ciò che è per argomentare ciò che fu) alcuni doveri verso noi stessi ed altri verso i nostri simili. I primi, che in ultima analisi rappresentano la conservazione del nostro essere, non approdano a norme giuridiche dirette; ma vi sono istituti di protezione dell'individuo, come la interdizione e la inabilitazione, che, fra i varî casi, possono comprendere quello di chi, per dimenticanza dei doveri verso se stesso, non ha più capacità alcuna, o l'ha soltanto parziale, di provvedere ai proprî interessi.

Invece i doveri verso i nostri simili suppongono che ogni individuo consideri l'altro come perfettamente eguale, che tutti siano forze armonicamente cospiranti nell'organismo sociale. L'istessa beneficenza rappresenta quella serie di compensi che nel nostro fisico organismo si verifica tra le parti vigorose e quelle bisognose d'aiuto. La regola di condotta verso i nostri simili abbraccia, come ognuno vede, una grande quantità di doveri; ma non tutti sono giuridici, accompagnati cioè da coazione. Questi rappresentano la morale esterna o coattiva, quelli la morale spontanea o interna, a cui può esser di sussidio il principio religioso.

La legge di trasformazione dei doveri morali in giuridici è semplicemente questa, che i primi si mutano nei secondi per il convincimento fattosi

(1) L. 10, § 1 D. *de iust. et iure*, 1, 1; § 3, I. *h. t.*, 1, 1

via via più generale (1), che la pura sanzione della coscienza individuale non basta a tutelarli. Anche questo si fa con un processo storico di cui le fasi sono lente nel salire dalla regola non coattiva al suo pieno carattere di costringimento o coattività (2). Ma la trasformazione è continua ed oggi più rapida (non però quanto si potrebbe credere *a priori*) per un maggior sentimento di sociale fraternità. Non vale più per noi l'ammonimento antico: « in corrotta repubblica leggi moltissime ». Infatti la stessa convinzione d'insufficienza della morale spontanea in certe relazioni è un alto sentimento di morale delicatezza. Non sorge per un calcolo statistico; ma vuol prevenire che magari un caso sfugga alla norma di ciò che si ravvisa ormai socialmente giusto. Il concetto di giustizia (il *ius suum cuique tribuere*) è esso stesso relativo ad ogni età e si forma di continuo. Son quasi divenuti, ad esempio, ai di nostri, doveri giuridici quello di dar lavoro, sane abitazioni, possibilità di pensioni di vecchiezza all'operaio, soccorso al povero. Il riconoscimento della prole nata fuori di matrimonio è purtroppo tuttora un semplice dovere morale presso di noi.

Nelle relazioni fra Stato e Stato si raggiungeva l'apice del progresso civile e la sognata pace universale, sostituendo alla *comitas gentium* (che è una morale vaga) un ben ordinato sistema di doveri giuridici sulla salda base delle diverse nazio-

---

(1) Aderisce a questa idea, cercando spiegarla più concretamente, il Groppali, *I caratt. differ. della mor. e del dir. secondo la scuola pos. ingl.*, Padova 1901, p. 255.

(2) Fragapane, *Il problema della origine del diritto*, p. 174 e seg.

nalità lealmente riconosciute e naturalmente raggruppate.

A chi esamina le relazioni fra morale e diritto non deve neppure sfuggire che talune massime da giuridiche tornano puramente morali (ad esempio presso di noi l'obbligo di dotare le figlie) quando è, o almeno sembra, finita la loro funzione giuridica (1). Conservano nondimeno notevole efficacia e completano l'equilibrio dell'ordine giuridico. Ed anche qui tutto è relativo: una regola ricaduta dal diritto nella morale può tornar poi giuridica quando se ne vede il bisogno (2).

Guardando così il diritto come una facoltà della psiche umana che si manifesta nel consorzio sociale e da questo si colora, è evidente che le relazioni fra il diritto e le condizioni di questo consorzio appaiano tante, quante (per astrazione nostra di un lato di esso dall'altro) possiamo pensarne. Dir che il diritto sarà diverso secondochè i beni si vogliono nella famiglia indissolubilmente legati ad essa o al suo capo qual rappresentante o alla

(1) Un'altra questione, che qui si può lasciare indecisa è se il diritto potrà scomparire dalla società umana. Il Bartolomei (*Lineam. di una teoria del giusto e dell'onesto*, P. I, Roma 1901, p. 133) ritiene che, a meno di concepire un completo mutamento della natura umana, una società fondata sulla morale non potrebbe nè durare, nè esistere. Il Loria (*Le basi econ. della cost. soc.*, p. 111) è pur di avviso che il diritto succede alla morale; e che, sebbene oggi sia un'istituzione connettiva violenta, nella forma economica pura, il diritto resterà « senza armare i propri decreti di alcuna materiale sanzione », p. 471 (2). Morale, diritto, politica saranno il cemento di un edifizio egalitario della città umana.

(2) Per un es. pratico v. il caso da me studiato, *Riv. di dir. comm.*, IV, 1906, p. 127 e seg.

linea primogenita, ovvero si permette che si scindano e si sparpaglino fra i vari membri della famiglia è cosa ovvia. Così che il diritto prenderà l'uno o l'altro aspetto secondochè si ammette o no che la proprietà fondiaria sia concentrata in poche mani; che le figure di contrattazioni dipendono dal fiorire dei commerci e delle industrie spuntando con questi nella civile società. Ogni diritto come formazione storica è uno specchio di tutti i fattori della civiltà di un popolo e perciò anche della sua economia mutabile al pari di ogni altra cosa (1).

Come il diritto che poi si chiama privato, così anche quello, che in progresso di tempo si dirà pubblico, è una formazione storica. Troviamo ab antico dei capi, dei sacerdoti, degli anziani, dei re che, secondo le norme tradizionali accolte dalla comunità, e rappresentanti una rudimentale costituzione politica, esercitano un potere e dicono di parlare in nome del cielo. Senza risalire a passi biblici troviamo anche in Omero che il re sentenzia in nome degli Dei; nei poemi omerici occorre spesso la parola θέμιστες che vuol dire ad un tempo « consuetudini, sentenze, leggi, comandi di Giove ». Questo molteplice significato non deriva da povertà della lingua greca; ma dal fatto che quei tre significati esprimono un concetto unico nella mente degli antichi: ciò che è ordine della potestà è anche comando degli Dei. L'ordi-

(1) Interessanti e istruttivi studi sono ancora quelli del Dankwardt, *Nationalökonomisch-civilist. Studien*, Leipzig 1862. Sull'importanza del fenomeno giuridico come rivelatore dell'economico cfr. Loria, *Studi di storia del dir. ded. e off. a F. Schupfer*, Torino 1898, p. 1 e seg.

namento politico poi prende figura diversa presso ciascun popolo rispecchiando tutti i diversi atteggiamenti della psiche umana e tutte le diverse condizioni che la circondano. E qui pure, più che un'evoluzione regolare e non tocca da fattori estranei, si ha spesso una serie di innesti di istituzioni politiche straniere sulla base prima delle indigene. Il che, in certe fasi almeno di formazione del diritto pubblico, genera quelle contraddizioni e dissonanze logiche che il filosofo può ravvisare nella stessa logica individuale. Noi possiamo osservare tuttociò nel nostro moderno diritto pubblico, nel diritto pubblico dell'India inglese, del Giappone, ecc.

Ma la nostra analisi non sarebbe completa se non si osservasse che anche la distinzione fondamentale del diritto in privato e pubblico ha una genesi storica e si è fatta a traverso l'istoria. Il primo diritto fu pubblico, o intergentilizio (1), perchè regolò relazioni fra quei consorzi autonomi in cui vedemmo sommerso l'individuo. Ad obbligazioni, concessioni, indennità davano occasione i contratti fra una *gens* e l'altra; la forza non di rado era il primo presidio del diritto. Incorporati i primi gruppi familiari in più vasto consorzio, il diritto è facoltà di aristocrazie e a grado a grado di tutti i membri del consorzio politico e di essi soltanto. Già balena al fine pensiero greco la distinzione di leggi che riguardano i negozî privati e leggi di pubblico interesse (2); ma qui pure l'at-

(1) Saggi di ricostruzioni di esso offre il Perozzi, *Studi di dir. rom. ecc. in onore di V. Scialoja*, Milano 1905, II, p. 167 e seg.; *Le obblig. rom.*, Bologna 1903, p. 57 e seg.

(2) Demosth., *In Timocr.*, 760, § 192. Troppo com'è il

tuazione del concetto spettava ai Romani. L'*ius Quiritium* non fu originariamente per certo un diritto privato nel senso posteriore; da quello si svolse poi lentamente il diritto *quod ad singulorum utilitatem spectat*. I plebei, intrecciando rapporti coi patrizi senza le forme proprie di questi, giunsero a poco a poco a far trionfare l'*ius commune* a tutti sull'*ius gentilicium* (1) che cadde abbastanza presto in disuso (2). Così la *civitas* fu sostituita alla *gentilitas*. Ma il diritto restava sempre legato alla condizione politica della cittadinanza. I forestieri lo liberarono da questa. Genti, costumanze, religioni forestiere confluivano a Roma che se le assimilava. I Romani sapevano che Atene e Sparta erano cadute per aver rigettato i forestieri. Tacito lo osserva stupendamente (3). Era d'uopo scindere dalla cittadinanza il diritto di acquistare, trasmettere i beni, concluder nozze, aver patria potestà in modo valido. Ciò accadde quando si videro in Roma individui sforniti della cittadinanza contrarre valide relazioni giuridiche sia tra loro, sia coi Romani ed esser anzi giudicate da un apposito magistrato. Sebbene fino dai primordi di Roma cittadini e forestieri del viciuato contraessero vicendevolmente relazioni giuridiche, ciò sembrava naturale essendosi comunicata ai forestieri quella frazione della cittadinanza che consisteva

---

Telfy (*Corpus iur. att. gr. et lat.*, Pest et London 1868, p. 1, 2) a farne una precisa distinzione giuridica.

(1) Gai., III, 17; Cicero, *De Orat.*, I, 39.

(2) Gai., loc. cit.

(3) *Ann.*, XI, 24: « quid aliud exitio Lacedaemoniis et Atheniensibus fuit... nisi quod victos pro alienigenis arcebant? »

nel *commercium* (1); non così dopo il sesto secolo della città, quando cominciarono a farsi quotidiane le relazioni giuridiche fra *cives* e *peregrini* senza neppure le forme del diritto civile romano. Nel popolo doveva sorgere naturalmente l'idea che quel complesso di facoltà (che la riflessione scientifica disse poi costituire l'*ius privatum*) è indipendente dalla condizione di cittadini. Il sentimento della cittadinanza nel diritto privato si residuò a talune forme e taluni istituti propri soltanto dei cittadini.

Questi passaggi per noi così mentalmente rapidi sono in realtà faticose gestazioni della coscienza popolare. La convinzione della diversità della forma gentilizia dal contenuto degli atti giuridici si originò facilmente, perchè l'*ius gentilicium*, con cui quella forma collegavasi si convertì ben tosto in un diritto di poche famiglie rimpetto ad un *ius commune* ad una grande moltitudine (2). Più difficilmente dovette sorgere e farsi forte il sentimento della differenza della rigorosa forma dell'*ius civile* dal contenuto razionale di esso. Infatti la forma si confondeva con l'atto stesso, e nel mondo antico ogni popolo concepiva il proprio diritto come esclusivo patrimonio politico: il che equivale a custodirne gelosamente le forme, aspetto visibile della nazionalità del diritto. Tuttavia quella vigoria d'idee perpetuamente rinnovantesi, che sembra propria della famiglia indo-europea, portò anche a questa liberazione del diritto privato dall'involucro politico. La facoltà di prender parte

(1) Cioè agli abitanti *supra infraque urbem*, i *forcti et sanates* delle XII tavole (XI, 6 second. Voigt).

(2) Cfr. la mia memoria nel *Circolo giurid.*, XVII, p. 13.

alle assemblee o di aspirare alle magistrature si ravvisarono diverse da quelle di concludere nozze valide e validamente acquistare e trasmettere i beni. Il diritto privato era sorto e doveva rigogliosamente fiorire quando anche il diritto pubblico si ridusse all'arbitrio dei reggitori. Ma, caduto l'impero romano, troviamo riconfusa la qualità di cittadino con quella di soggetto di diritto privato, unita la proprietà del suolo alla signoria del principe, perduto quasi il senso della distinzione romana. Vi si tornò poi a poco a poco risuscitando il concetto di diritti dell'uomo e del cittadino; ma non dobbiamo rappresentarci oggi come fisse categorie le due cerchie di diritto privato e di diritto pubblico, che sono anzi mutabili secondo il modo in cui ciascuna età ne ravvisa i confini (§ 19, 22).

Ed è ben naturale che essendo a poco a poco sorto un diritto privato nel grembo del diritto pubblico, gl'instituti di quello abbiano attinto non di rado a questo la propria figura. La famiglia romana, piccolo regno dapprima autonomo, poi coordinato alla città ed a questa soggetto, giovò mirabilmente a far cadere nella cerchia dell'*utilitas singulorum* (§ 19) molti rapporti originariamente di diritto pubblico (1).

§ 10.

Società civile e Stato.

I fatti che la legge vuol regolare e la giurisprudenza combinare in sistema appartengono alla

(1) Cfr. Bonfante, *Diritto rom.*, Firenze 1900, p. 185 e seg.; *La progress. diversif. del dir. pubbl. e priv.*, in *Riv. ital. di sociol.*, VI, 1902, p. 1 e seg.

grande categoria dei fatti sociali (1). Chi pronuncia consapevolmente la parola *diritto* afferma in pari tempo due concetti: che vi è una serie di relazioni in cui gli uomini attuano necessariamente certe loro facoltà e che queste sono assicurate, nella continua attuazione, da un'autorità superiore a tutti. Quelle relazioni sorgono come conseguenza del mezzo in cui l'uomo vive: la società civile. L'autorità che garantisce il diritto è lo Stato. Ma così saliamo per astrazione a forme logiche di società civile e di Stato, che sembrano intuitive e fisse, mentre rappresentano esse pure un concetto relativo a tempi e luoghi. Varia nei secoli e nei millenni e sulla faccia della terra il modo di posizione degl'individui nel consorzio sociale, l'ampiezza di questo, il carattere del vincolo che lega i singoli nel tutto. Varia il modo di formazione dello Stato, il suo valore di posizione rimpetto alla società che signoreggia, il grado di tutela del diritto. L'istessa distinzione di società civile e Stato è difficile a precisare e teoricamente discussa (2), sebbene sentita da ognuno: magari nella forma minima di antitesi e di rimprovero che lo Stato non procura il bene di tutte o di certe classi, ecc. La distinzione fra società e Stato è moderna nel senso che presuppone nel consorzio

(1) Di questo legame di tutti i fenomeni sociali in una unità, in una sola esperienza oggi è convinta la scienza tedesca; ma fu già egregiamente intuito dal Romagnosi. Ben lo avverte il Bartolomei, *Del significato e del valore delle dottrine di Romagnosi per il critico contemporaneo*, Roma 1901, p. 93.

(2) Contro la distinzione si schiera il Combothecra, (*La concept. jurid. de l'État*, Paris 1899). Ma non riesce, secondo me, a persuadere.

sociale un valore proprio e considera il politico reggimento di quello soltanto come un mezzo di conseguire il bene comune. Anche qui noi possiamo dire col poeta, che dalla rivoluzione francese *incomincia la novella storia*. La giurisprudenza odierna è tutta una conferma della distinzione di quei due concetti e della novità della distinzione, perchè accoglie non pure l'antico *ius publicum* (§ 22); ma scienze che descrivono in ogni aspetto la società civile e assegnano còmpiti sociali allo Stato (§ 30). E quest'introduzione enciclopedica, prima ancora di mostrare l'oggetto e la sede di tali discipline, deve considerare società civile e Stato come due sottintesi elementi della definizione del diritto e determinare, sia dove è possibile, in modo elementare, l'une e l'altro.

Se noi prendiamo a criterio la lingua, come rappresentazione prima del pensiero (1), la parola società ci appare usata in vario senso; e tanto può indicare un gruppo di individui che volontariamente e momentaneamente si uniscono per uno scopo, quanto le grandi, durature e naturali unioni nelle quali vive l'uomo in comunanza coi suoi simili (2). Ma queste unioni stesse variano per estensione e compattezza: di permanente non vi è tutt'al più

---

(1) Così vuol fare, per la definizione della società umana, il Rümelin, *Reden und Aufsätze*, Dritte Folge, 1894, p. 248 e seg.

(2) Cfr. Gothein, nello *Handwörth. der Staatsw.* del Conrad e Lexis, IV, 2.ª ed., p. 201 e seg., *Gesellschaft und Gesellschaftsl.* Ma rimane ancora trattazione fondamentale del concetto di società civile quella dello Stammler (*Wirtsch. und Recht.*, § 16 e seg.). Non si debbono però dimenticare le belle considerazioni dello Jhering nel cap. VI del suo *Zweck im Recht.*, I.

che l'idea di una cooperazione per fini comuni indicata dalla parola società. La più ampia è la società umana tutta quanta o umanità; ma possiamo anche pensare alla società europea, alla occidentale, alla orientale. E, seguendo altri criteri, o meglio, guardando le unioni umane da altri aspetti, alla cristiana, alla mussulmana, alla francese, alla italiana, alla tedesca, ecc. Dicendo società civile o società semplicemente, quasi per eccellenza, noi pensiamo a consorzi umani legati da vincoli di lingua, di razza, di nazionalità e viventi in determinati territori. Così la grande famiglia umana ci appare come consorzio di famiglie: la grande patria dell'uomo, il nostro pianeta, come un insieme di patrie, a cui naturalmente è estranea ogni idea di lotta. Vi è, invece introdotta artificialmente per la violenta lacerazione delle nazionalità; sicchè non possiamo ancora, nella realtà delle cose, far coincidere ogni nazionalità ed ogni popolo con una corrispondente società civile.

Come noi siamo tratti a dar prevalenza a ciò che meglio si osserva, così facile fu sempre l'illusione che questi gruppi umani non fossero uniti che da vincoli giuridici. Ci parvero insomma dei reggimenti politici, degli Stati e niente più. E poichè bisognava distruggere prima di ricomporre e la lotta si svolse dapprima contro l'antico Stato dispotico, si credette che tutto dipendesse dall'ordinamento politico del popolo. Si disse anzi non di rado politico ciò che si sarebbe dovuto chiamar sociale (1).

(1) Giustamente osservava lo Jhering, loc. cit., che la famosa frase indicante l'uomo come ζῶον πολιτικόν accenna alla sua natura sociale.

Gli economisti furono, si può dire, primi a diffondere la consapevolezza di fenomeni sociali indipendenti dall'ordinamento politico della società civile. Ma questo legame sociale, diverso dal giuridico e politico, non è il solo. E sarebbe anche errore credere unica sanzione degli atti umani quella accordata dallo Stato mediante i suoi tribunali (§ 14). Vi sono regole di etichetta, regole religiose, regole morali che constituiscono altrettante sanzioni (1) ed altrettanti vincoli sociali. La psiche dell'uomo acquista in contatto continuo con quella dell'altro uomo la piena convinzione della necessità di una convivenza in un certo modo, in guisa da soddisfare a certi comuni bisogni, da conseguire l'attuazione di un determinato grado di fratellanza umana. Questi desideri di una collettività di uomini constituiscono, come dicesi oggi, la sua psicologia e dànno alla collettività in cui si presentano uniformi il carattere di unità. L'ordinamento politico o statuale (mi si perdoni il neologismo) può riprodurre solo in parte quei desideri, come spesso accade. E purtroppo può anche accadere che una società civile o, come diciamo, una nazionalità, sia spezzata fra più Stati. Allora, per la diversità psicologica delle due società in contrasto, anche più visibilmente si afferma la vita a sè dell'una e dell'altra. Così entro gli attuali ordinamenti politici il socialismo, per il contrasto fra alcune classi e lo Stato, ha contribuito ad affermare il concetto di una società ci-

(1) Il concetto di queste sanzioni (naturale, politica religiosa, della convivenza sociale, dell'onore) secondo il Romagnosi è stato bene posto in luce dal D'Aguanno (*Giand. Romagnosi giur. e filosofo*, in *Rivista di storia e filosofia del diritto*, II, 1903, p. 579 e seg.).

vile con vita propria. In alto la sociologia (§ 37) dà valore scientifico a questo concetto.

Pertanto la società civile è un concetto mutabile nel suo contenuto; e soggiace alla legge delle formazioni storiche. Ma è anche una formazione storica il convincimento che la società stessa sia distinta dallo Stato. Quando noi vogliamo definire la società civile, prendiamo a modello (consapevolmente noi positivisti, inconsapevolmente i metafisici) quella che ci sta sott'occhio e vi troviamo subito i residui del passato. Basta un esempio facilissimo. Nel nostro statuto (1) è detto: « Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammessibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi ». Questa massima è arcaica e non si capirebbe, se appunto non si avesse riguardo ad un celere mutamento delle idee; il nostro statuto segna il pieno tramonto di una costituzione in cui la nobiltà, la borghesia e la plebe avevano differenti diritti e doveri.

E se facciamo una brevissima scorsa a traverso la storia orientale e occidentale, ci si offrono sempre forme diverse di società umane, che a grado a grado vengono perfezionandosi e spogliandosi di tuttociò che è tirannico ed arbitrario. Nella società orientale troviamo grandi monarchie teocratiche e dispotiche in cui lo Stato non è rappresentato che da una piramide di caste: al sommo una casta che ha in mano tutti i poteri e, digradando a traverso caste sempre meno favorite, al basso una moltitudine che non ha alcuna efficacia

(1) Art. 24.

sulla vita sociale e politica. Qui non vi è distinzione fra società civile e Stato. Su tutti pesa il dogma religioso che cementa e rende immutabile questa stratificazione della società.

Passando alla Grecia, è certo che le relazioni tra l'oriente e l'antica Grecia sono strettissime; la stessa antica arte greca si collega all'orientale, e gli Egiziani solevano considerare i Greci come fanciulli. Invero sorge una nuova civiltà. In Grecia non troviamo più il terrore delle cose celesti; ma lo spirito greco, nel periodo di maggior floridezza, fu egoistico, le città più fiorenti della Grecia formarono altrettanti piccoli Stati tra loro rivali, non tenuti insieme se non da certe tradizioni comuni: in parte dalla lingua e dai giuochi. E tutto ciò non giunge a legare insieme una società ellenica e a instituire in essa uno Stato con la missione di tutelarla. Quando molti si propongono quasi a modello la democrazia greca e credono che sia ancora confacente alle nostre idee, errano grandemente, poichè in mezzo allo splendore delle arti noi troviamo sempre una democrazia tirannica, ed in tal grado egoistica che ci repugnerebbe oggi. È vero che le caste mancano in Grecia; nondimeno la città, la πόλις, è una società politica così angusta che non ammette diritti fuori di sè; il diritto si arresta alle mura della città, ed anzi solo il cittadino abbiente partecipa alla cosa pubblica. In alcune città della Grecia, come ad Atene, per essere cittadini bisogna possedère una casa. Ecco una vera e propria tirannide borghese, una tirannide di piccoli possessori. E sotto a questa non solamente i servi, come a Roma, ma anche intiere classi di individui che pure sono greci, ma conquistati, vinti, umili, che non riescono a

divenir cittadini. Non si troverà, certo in tale società il tipo da noi vagheggiato, e neppure una distinzione fra società e Stato. Lo Stato è tutto nella πόλις e non ammette distinzione di sè dalla società, che stringe violentemente più che ordinarla con libertà ed eguaglianza di tutti. Sino dalla metà del secolo decimoquinto noi usiamo indicare con la parola ellenismo quasi una religione universale del bello, l'unione delle anime nell'ammirazione delle arti e della poesia, la più nobile e libera manifestazione dello spirito. Questo fenomeno dell'ellenismo noi crediamo che sia già stato sentito dai Greci; ma in realtà si palesa quando cade la potenza dei vari popoli della Grecia e la πόλις si sfascia (1). Non è sentimento sociale greco.

Progredendo verso la società romana, la quale è un modello vivo anche ai nostri giorni, poichè c'incombe quasi in ogni lato del nostro pensiero, noi troviamo che certe classi inferiori della popolazione, quali sono i proletari, i plebei, i vinti insomma, a poco a poco in Roma giungono a eguagliarsi ai vincitori. Ed è certo che mercè la costanza e il senno della plebe romana si attuò una civile eguaglianza che condusse alla grandezza non mai raggiunta di Roma. Nelle XII tavole (sia più o meno antica la loro età) troviamo la frase: *proletarius iam civis* (2) che allude all'innalzamento dell'ultima classe al grado di cittadini. Certamente non è neppure la società romana un modello confacente ai giorni nostri, in cui lo Stato si distin-

(1) Cfr. le belle considerazioni del Trezza, *Epicuro*, c. I.

(2) « Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario iam civi quis volet vindex esto. » Tab. 1, 4 (Scholl-Bruns).

gua dalla società. Anche qui lo Stato è assorbente. *Salus publica suprema lex esto.* Niente si curino la vita e gli averi del cittadino, purchè lo Stato trionfi (1). Appena possiamo trovare una emancipazione dell'individuo nel diritto privato (§ 9): nelle relazioni politiche l'individuo non ha valore, lo Stato è tutto. Dentro la società romana mancava anche un legame che pure è il più forte fra gli uomini, quello della fraternità; legame morale che scaccia dai nostri sentimenti ogni rigido egoismo e fa considerare l'uno fratello dell'altro.

Caduto l'impero romano, una nuova forma di società civile ci si presenta. Veramente se quei sentimenti di fratellanza che erano stati diffusi dal cristianesimo avessero prodotto tutta la loro efficacia, la società civile si sarebbe rinnovata subito in una società di uguali. Ma quei principî non poterono avere tutta la loro forza; le dispute teologiche assorbirono in non poca parte l'opera della Chiesa. Essa voleva considerare a torto lo Stato come semplice mezzo della sua azione. Avvenne così che anche nel tipo di società medioevale, che ci si offre adesso, non troviamo davvero una società in cui lo Stato non sia che un'istituzione a servigio di essa. Nell'età di mezzo ecco una partizione nuova di classi: signori feudali, guerrieri e monaci; gli altri individui sono strozzati da queste classi prepotenti. In Italia soltanto verso

(1) Vedi a questo proposito il III libro del *De officiis* di Cicerone, in cui secondo la mente del filosofo romano, la morale politica è intesa in un modo così elevato e assoluto, che l'individuo viene a scomparire di fronte al supremo principio dell'amor di patria, con cui devono essere conciliate tutte le sue azioni.

il mille incomincia a farsi strada una nuova classe: quella dei *doctores* detti anche, quasi per metterli a pari di una delle precedenti, *milites legalis militiae* e con vocabolo francese *chevaliers en droit*; accanto alla potenza delle armi sorge la potenza della toga. Ma il popolo non è ancora una collettività considerata in tutta la sua naturale figura e nei suoi diritti. I legisti bolognesi si occuparono, è vero, del potere del popolo e dissero l'impero derivante dal potere popolare (1). Come l'Alighieri chiamava l'imperatore *minister omnium* (2), i legisti affermavano che il popolo romano ha anche il diritto di revocargli il potere supremo. Ma sono teorie tuttora astratte: spirito di antichi testi, più che realtà di cose. È vero che talvolta nella storia dei secoli di mezzo troviamo gli imperatori alleati coi popolani per combattere le signorie feudali e in Italia il papato: sono alleanze momentanee, non lasciano alcuna traccia, nè innalzano il popolo a potestà politica. Come un raggio di luce splende ora quell'età che diciamo dei Comuni. I commerci, le arti fioriscono, sorgono nuovi edifizi in tutte le città; un fermento di vita nuova si manifesta in tutta Italia e specialmente nelle città marittime. Appunto in questo tempo lo studio del diritto rifiorisce non per cause accidentali; ma soprattutto perchè vi era il bisogno di regolare con nuovi principî i rapporti giuridici nuovi. Negli Studi d'Italia (che furono scuole inter-

(1) Bartolo ad es. argomenta dalla *lex regia* quando pone l'ardita massima (ad l. 8, D. *de legib.*, n. 1): « primus imperator cum fuit data illa potestas non potuit quaerere successorem ».

(2) *De monarchia*, I, 14.

nazionali) par che si maturi il concetto di una vasta società civile a cui taluni davan per sommo vincolo l'impero romano a poco a poco ridotto a simbolo, altri la potestà della Chiesa. Ma erano astratti concetti di fratellanza umana a cui non rispondevano gli egoistici ordinamenti politici. Chi studia qual fosse la società civile dentro il Comune, ben tosto si accorge che avevano ragione quei grandi come Dante e i nostri legisti che non sembrano apprezzare la costituzione politica dei Comuni e lamentano le fazioni che li dilaniavano. Nè queste erano il danno maggiore. Dentro le mura del Comune medioevale vedi tante corporazioni nelle quali scompare l'individuo; e tutte in continua lotta, non già per una eguaglianza di diritti fra le classi, ma per il maggior privilegio. Era lotta affatto contraria al concetto d'una società civile: dove dobbiamo vagheggiare per tutti in primo luogo l'eguaglianza civile. È noto quale fu la sorte dei Comuni che, dopo le intestine discordie, videro alcune famiglie sorgere sulle rovine delle libertà e dominare sul popolo oppresso; pullularono le tirannidi; tutte le città d'Italia ebbero il loro principe (1). Appena appena questa tirannide è mascherata dallo splendore delle arti e delle lettere; arti e lettere rimasero sole testimonianze di unità di quel popolo italiano che non riuscì a stringersi in un unico ordinamento politico.

Fino agli ultimi anni del secolo decimottavo la società civile rimase stratificata in tre classi o

(1) « Hodie Italia est tota plena tyrannis », sclama Bartolo, *De regim. civit.*, n. ult. Bartolo ha appunto chiara idea del ridursi a simbolo dell'impero a causa di questi *tyranni* e delle *universitates non recognoscentes superiorem*.

stati, come pur dicevansi: clero, nobiltà, borghesia. Sotto di questi un quarto stato di operai, appena consapevole di sè (1). Dei tre stati i due primi eran privilegiati; considerando l'uno rimpetto all'altro non vedi che differenza di diritti, di leggi, di oneri. L'ordinamento politico, anche a forma di repubblica, come a Venezia, non faceva che consacrare quei privilegi di classe. La società civile di per se stessa, indipendentemente dal reggimento politico, sembrava causa di servitù e di privilegio e quasi pareva inconcepibile sotto una forma diversa di Stato. Contribuivano le corporazioni, in cui da secoli eran chiuse le arti e le professioni, a incatenare l'individuo e a schiacciare ogni sua energia che pur gli permettesse di aspirare a dignità superiore a quella della propria classe e corporazione. Vietato e ristretto in mille guise ogni libero esercizio di professioni e d'industrie, lenta e faticosa era la produzione della ricchezza e ripartita nel più ingiusto modo.

Doveva necessariamente lo spirito filosofico del secolo decimottavo destare la ribellione dell'individuo e condurlo a scompaginare la vecchia società civile. A dir più esattamente, dovevano cadere insieme lo Stato e la società come si erano sino ad allora veduti. Forse balenò anche a qualche intelletto l'idea di far coincidere la società civile e il suo politico regime in tal guisa che fra i due termini cessasse ogni contrasto (2). È certo non-

(1) Ma vi fu un tentativo di rappresentanza anche di esso durante la rivoluzione francese.

(2) Così io sarei propenso a dar ragione al Del Vecchio (*Su la teoria del contr. sociale*, Bologna 1906) il quale, contro lo Jellinek, sostiene che l'alienazione dei diritt

dimeno che la rivoluzione francese, condotta per necessità da uomini d'intelletto (1), produsse immediatamente una distruzione dell'antico edifizio sociale. Gl'individui furono sciolti da vincoli di classe e di corporazione; tutti apparvero astrattamente eguali, la nuova società civile venne ad avere, diciamo così, una costituzione atomica. Ma la libertà è per propria indole essenzialmente aristocratica e fa trionfare il più forte; gli uomini, in astratto eguali, sono in realtà tutti diversi fra loro. Per conciliare la libertà con la eguaglianza si sperò nella fraternità; nobile conciliazione che non potè immediatamente essere attuata. Le leggi, in specie le civili, ben poco si rinnovarono; il terzo stato corse avido alla conquista del potere e a consolidare e aumentare la propria ricchezza; l'individuo forte si approfittò della libertà come di un'arma a danno della famiglia sociale. Nel libero commercio venne meno l'efficacia di certi freni morali delle corporazioni avverse agl'inganni; l'eccesso della libera concorrenza sul mercato si ri-

---

di ciascuno a tutta la comunità esclude ogni rapporto di soggezione e dipendenza particolare fra loro e mira a toglier di mezzo un conflitto giuridico nella compagine dello Stato.

(1) È di moda oggi di chiamarla rivoluzione borghese e di osservare che fra i capi e i primi autori di essa non vi erano operai. O chi doveva guidare un sì forte rivolgimento politico? Forse le moltitudini inconsapevoli? E tutte le più care prerogative dell'uomo, es. la libertà di coscienza, non furono dapprima conquistate da aristocrazie di pensatori e di martiri? La rivoluzione francese senza l'opera continua dei legisti che vi furono in mezzo non si può neppur capire. Cfr. Sorel, *L'Europe et la revol. franç.*, I, 2.ª ed. Paris 1887, p. 221.

volse a danno dei compratori (1). L'esercito degli individui che attende al lavoro e produce per tutti la ricchezza si accorse ben presto del bisogno di ricomporsi in classe; di questo bisogno fu indizio il nascere e rapido fiorire del socialismo. La tendenza degli operai a chiudersi in una classe mediante sodalizi e leghe è durata sino ai dì nostri e dura tuttora; l'esempio è seguito anche da altre classi.

Ma questo moto di riunione di individui in associazioni per la tutela di comuni interessi non modifica il concetto, trionfato con la rivoluzione francese, di una società civile formata d'individui giuridicamente eguali (2). Molti dimenticano che questa eguaglianza giuridica, ponendo tutti in eguale dignità, doveva essere la prima spinta ad anelare un'eguaglianza di fatto o economica. Dovremo pertanto, come fu asserito, prendere oggi gl'individui per punto di partenza di una definizione dell'odierna società civile? Tanto varrebbe ridurre il vincolo sociale al puro vincolo giuridico e disconoscere quei fattori di coesione sociale (3),

---

(1) Un bel quadro di tutto in ciò offre lo Sraffa, *La lotta commerc.*, Pisa 1894.

(2) Si legga il preambolo alla dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789. Quelle corporazioni, quelle giurisdizioni signorili, quelle distinzioni di nascita sembrano un altro mondo a noi che ne siamo lontani appena da un secolo; e possiamo purtroppo vederle ancora in qualche parte d'Europa. Cfr. Del Vecchio, *La dichiaraz. dei dir. dell'uomo e del citt. nella riv. franc.*, Genova 1903.

(3) Cfr. ora Benini, *Gerarchie sociali*, nella *Riv. ital. di sociol.*, III, 1899, p. 17 e seg.; *Principî di demograf.*, Firenze 1900, p. 126: Egli distingue: forme di coesione per simpatia e cooperazione, forme di coesione per divi-

che naturalmente e senza violenza alcuna riuniscono gl'individui in gruppi e classi d'individui per l'affinità degli interessi e desideri e per altri comuni caratteri di similitudine. Niente vi ha dunque oggi nell'organamento delle classi che scaturisca dall'arbitrio dei governanti o da una predestinazione degli individui. Leggi naturali reggono questo fenomeno sociale, che è essenzialmente umano (1) e reale.

Considerando infatti la società civile moderna (2) troviamo che essa risulta in sostanza di tre organismi (o aspetti del complesso organismo sociale): l'organismo fisico, l'intellettuale e l'economico. Questi tre aspetti della società nostra non sono ritrovati astrattamente; la statistica ci dimostra un'aggregazione degl'individui secondo l'aspetto fisico, secondo l'aspetto economico, secondo l'aspetto intellettuale della società stessa. In tal modo si

---

sione del lavoro, forme di coesione per gerarchia. Ridurre la moltitudine degli individui a due classi: dei lavoratori l'una, dei capitalisti o sfruttatori (si scusi la parola) l'altra è la nota formola di battaglia dei socialisti marxisti. Ma risponde essa alla verità?

(1) Dopo che la scienza moderna aveva riacquistata piena consapevolezza di questo essenziale carattere umano della società civile, la convinzione è nuovamente scossa dai socialisti che rappresentano (almeno quella forma di società che si maturò nella storia) come effetto di violenza o della necessità di associare il lavoro (Loria, *Basi econom. della cost. polit.*, p. 176). Ma la divisione del lavoro non è piuttosto un corollario della società? Cfr. in questo senso Durkheim, *La division du travail social*, Paris 1893, p. 305.

(2) Cfr. egregiamente C. F. Ferraris, *Saggi di economia statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino 1880, p. 13 e seg.

giunge ad una sua concreta definizione che deriva dal modo come oggi è formata, e ce ne presenta tosto all'occhio la struttura. Non è una definizione assoluta, bensì rispondente al tipo sociale dei dì nostri.

Appunto la struttura della società nostra ci insegna che sotto l'aspetto fisico gli individui si riuniscono in gruppi simili per età e per sesso, e che in base a fisse proporzioni si attua la ripartizione dei sessi in ogni popolazione. Entro a questa si verificano certi fatti normali, come le nascite, i matrimonî, le morti, e certi fatti anormali, pauperismo, prostituzione, emigrazione. Così i primi, come i secondi sono soggetti a tale regolarità e si palesano con sì identiche cause ed effetti, da far credere ad ignote leggi direttrici di questo fisico organismo della società.

Sotto l'aspetto economico abbiamo davanti agli occhi una ripartizione degli individui in nuclei numerosi: taluni son dedicati al lavoro di produzione della ricchezza nelle sue svariatissime forme, altri rendono possibile lo scambio di questa e fanno del mondo un grande mercato. Nelle miniere, nei campi, nelle officine, nelle grande fabbriche, come nei tuguri, formicolano i lavoratori: classe che di e notte attende alla produzione e fa sì che un'altra classe possa volgersi agli studi e all'incremento delle scienze. La società civile moderna ha grandi doveri verso questa classe di produttori, spesso esposti a gravi rischi, mal nutriti, privi di sufficiente istruzione. Così, mentre in Grecia è disprezzato ogni genere di lavoro, e si lascia ai servi, ai Perieci, agli Iloti, e in Roma apprezzato nei primi tempi solo il lavoro agricolo, fin dalla nostra età di mezzo troviamo riunita alla dignità

del cittadino la qualità del lavoratore. Allora nel Comune italico si videro cittadini mercanti ed operai, che pur voleano edifizî come il palazzo della ragione a Padova e cattedrali come S. Maria del Fiore a Firenze: oggi ai traffici, alle loggie sonanti di lavoro, domani in armi a difesa del Comune la cui torre suonava a stormo. Ma non era giunta l'ora del rinnovamento politico. La scienza non guardò mai con tanto amore come oggi la classe dei lavoratori; pei quali sentiamo la massima simpatia ravvisando appunto nell'opera che essi compiono rimpetto alla nostra niente più che una divisione del lavoro. In tutte le leggi meditate a favore di quella classe siamo animati dal desiderio di migliorarne la condizione; consideriamo omai gli operai come parte integrante della società civile e dobbiamo riparare ad ingiustizie e dimenticanze secolari (1).

Guardando la società civile dall'aspetto intellettuale vediamo che oggi più che mai è grande il bisogno di diffondere cognizioni utili in tutte le classi; mai come ai dì nostri si fu tanto convinti che scienza è potenza; ciò che essa indaga si traduce ben tosto in feconde applicazioni. Non vi ha lavoro manuale che non abbisogni della luce della scienza. Ridurre tutto il lavoro a lavoro manuale è un'arma di battaglia, non una verità. D'altra parte l'universale esercizio dei diritti politici esige in ognuno un sufficiente grado di istruzione. Tro-

(1) A torto si ascrive ciò a paura degli operai. Se in qualche luogo o in qualche momento tale paura può avere avuto efficacia, essa non spiega la gran legge storica di ricomposizione della società in un vero organismo senza antitesi fra i suoi membri.

viamo perciò una grande quantità di individui che si dedica alla produzione ed alla diffusione dell'istruzione. Quindi si hanno purtroppo gruppi di analfabeti; di individui forniti di media istruzione; di altri che hanno un'istruzione superiore. L'odierno consorzio sociale tanto più abbisogna di nutrirsi di istruzione, eliminando l'analfabeta, quanto più il formarsi dell'opinione pubblica si è spostato dalle classi medie (1) verso tutte le classi anche umili. D'altra parte, cessata la compagine violenta delle caste e resa men forte la sanzione religiosa, soltanto la persuasione di un ordine sociale di cui ciascuno deve sentirsi parte, può dare a tutti un benefico grado di contentabilità e garantire il mantenimento dell'equilibrio sociale.

L'affinità d'interessi e di bisogni nei gruppi corrispondenti ai tre organismi della società civile è la naturale base delle classi sociali: essia di quelle classi in cui si divide essa naturalmente, e che di fatto esistono anche se la legge positiva non le riconosca nel loro essere, nel loro ordinamento, nella loro azione (2).

Esaminati così i tre aspetti della società civile e i raggruppamenti degli individui in classi, potremo, col Ferraris (3), definirla l'*ordinamento degli individui appartenenti a un dato popolo in classi fondate sugli interessi economici, fisici e intellettuali*. Per il concetto di società civile basta l'affermazione di questa complessa unità sociale; il

(1) Così rappresentavasi sino a poco fa. Cfr. Holtzendorff, *Wesen und Werth der öffentl. Meinung*, München 1879.

(2) Così giustamente il Ferraris, *Il materiał. storico e lo Stato*, p. 240.

(3) *Saggi* cit., p. 17.

ripartimento in essa della ricchezza non è che una modalità variabile, e niuna è esclusa dal nostro schema relativo, non assoluto, di quel concetto! Per negare intanto il carattere di società civile (1) ad un consorzio sociale senza proprietà collettiva (già il fatto non si può negare) bisogna anzitutto convincere ognuno che la proprietà privata e la stessa proprietà capitalista è effetto di pura violenza. E che nel dividere la ricchezza fra più capitalisti i quali son persone umane e reali, si ha per il consorzio sociale un grado di felicità minore che concentrandola tutta in un mostruoso e rigido capitalista astratto come lo Stato.

Ma quell'unità che diciamo società civile rappresenta il vario, il molteplice. Se le classi sociali si trovano riunite nei momenti di entusiasmo patriottico, o civico quando, a mo' d'esempio, si tratta di liberare la patria dallo straniero o demolire una aborrita tirannide, nella vita quotidiana accade invece non di rado che esse abbiano tra loro interessi egoistici, che l'una tenda a soverchiar l'altra, che si pronunci l'infausto motto: lotta di classe. Onde la necessità di mantenere l'equilibrio nelle reciproche relazioni delle classi stesse. Inoltre quando si vuol agire sì per la tutela del diritto, sì per il benessere interno della società, sì pel rispetto dei diritti della medesima fuori dei confini della patria, si richiede una forza che riduca a com-

(1) La questione è riassunta dalla signorina Labriola (*Del concetto teor. della soc. civ.*, Roma 1901). Ma anche nella « forma economica pura » il diritto garantirebbe al produttore la « proprietà del prodotto del suo lavoro » (Loria, *Basi econom.*, p. 471). E non avremo allora contrasti economici come oggi?

patta unità le varie classi, fondendole quasi in un tutto. Questa forza unificatrice è appunto lo Stato. Tutti (malgrado l'avversione di alcuni sociologi per lo Stato) sentono il bisogno di stabilire un centro unico, un' amministrazione sociale, una forza che induca la unità nella varietà. Noi ravvisiamo nello Stato: *un istituto che tutela il diritto nella società civile, induce a unità le classi sociali, ed è il mezzo con cui si manifesta l'azione collettiva del popolo* (1). In tal guisa Stato e società sono concetti differenti anche nella definizione; si vede ora come su questa distinzione riposano le scienze sociali. Noi qui eliminiamo affatto la questione delle forme di governo, cui è superiore il concetto di Stato: buona è quella tal forma la quale risponde in ogni periodo all'opinione della maggioranza e si radica nella coscienza del popolo. Mentre lo Stato antico era assorbente, personale, ed aveva un fine proprio, l'odierno è impersonale (2): non può in verun modo

(1) Accetto anche qui la definizione del Ferraris aggiungendovi i compiti giuridici dello Stato. Cfr. ora sull'argomento Balicki, *L'État comme coerc. soc.*, Paris 1896. Già nel 1895 egli aveva pubblicato *L'organisat. spont. de la société politique*. Mentre identifico qui al concetto che la società è l'ordinamento spontaneo della vita in comune, non ridurrei l'opera dello Stato all'azione d'un gruppo dominatore. Dobbiamo per lo meno considerare certe dominazioni tanto naturali quanto l'ordinamento spontaneo degli uomini in società. Con ciò non negherei il carattere in parte artificiale o derivato dello Stato, come ben lo dice l'Arangio-Ruiz (*Istituz. e leggi costit.*, Milano 1892).

(2) Non è inopportuna neppure la usuale appellazione di Governo, come concetto astratto di poteri a guida e tutela del consorzio sociale. A ragione dice l'amico e collega Cavagnari (*Psicologia dello Stato*, Padova 1901,

tiranneggiare il consorzio sociale di cui è a servigio, nè sommergervi l'individuo, perchè anche all'azione dello Stato è limite il diritto individuale. Ma come i tipi di società civile variano di continuo, così è a dire di quelli di Stato in quanto è possibile retrotrarre ad altri tempi questa distinzione. L'odierno *Stato di diritto*, basato, cioè, sul rispetto del diritto come norma della sua azione, è possibile allorchè lo Stato stesso diviene un istituto per la civil società, ed a suo vantaggio. Vedi qui il lento risultato di una lunga battaglia contro dottrine del tutto contrarie nelle quali lo Stato schiacciava la società, come massa priva di diritti, anche allora che voleva promuoverne il benessere (1). A torto oggi taluni confondono l'estendersi dell'azione dello Stato con la tirannia sull'individuo (2). È naturale che, presentando la società nostra nuovi e più svariati bisogni, che sono conseguenza di maggiore civiltà e di diffusione del benessere in tutte le classi sociali, lo

p. 96) che lo Stato ha il suo più perfetto compimento « nell'assoluta sua impersonalità »; ma ciò si ottiene appunto personificando un ente astratto. Se anche, come vuole il Sorel, op. cit., p. 122, i giuristi della rivoluzione francese fecero del popolo un despota astratto e impersonale secondo il modello romano, questo concetto è confacente, nei suoi giusti confini, alle idee nostre.

(1) Ottima è qui la trattazione dello Stein, *Die Verwaltungslehre*, II (*Die Lehre von der innern Verw.*), sez. I, n. 1, p. 6-42. Quello Stato che in astratto si disse *di beneficenza*, in pratica fu *Stato di polizia*, avente l'esagerato scopo di allontanare dai popoli tutto ciò che riteneva pericoloso alla loro felicità, imporre quanto questa sembrava richiedere.

(2) Cfr. ad es. Spencer, *L'individu contre l'État* (vers. franc.), Paris 1885.

Stato debba estendere la propria azione sempre legalmente (1), e provvedere a tanti obietti ai quali in antico non pensava. Basta gettar l'occhio sopra uno specchio dei così detti servizi pubblici, per comprendere qual differenza, tuttodì crescente, fra la semplice azione dello Stato antico e quella del moderno. E con la sua azione è cresciuta pure la sua iniziativa e sorveglianza. Lo Stato forte e solido nella sua base, senza tuttavia schiacciare l' individuo, oltre essere una forza educatrice, è chiamato a risolvere i più ardui problemi, assidendosi quasi arbitro nelle contese fra le classi sociali, senza farsi violento difensore degli interessi di alcuna, se non in quanto lo richieda l'ordine pubblico e l'interesse di tutti (2).

I fatti che noi diciamo giuridici si presentano in queste condizioni sociali e con tale missione dello Stato che esso non solo garantisce, ma produce la norma di diritto (§ 11). L' armonia delle classi nel vasto organismo sociale dev'esser conseguita dallo Stato, per i fenomeni che vuol regolati da norme giuridiche, con leggi che non pure combinano l' interesse individuale col sociale; ma quello

(1) Questo è anzi un interessante problema. Cfr, P. Bertolini, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Roma 1890.

(2) Cfr. C. F. Ferraris, *Socialismo e riforma sociale nel mor. e nel nascit. secolo* (*Atti del R. Istituto Veneto*, t. LIX, a. VIII, 1899-1900, p. 111 e seg.). Se anche talora fu vero ciò che già asseriva il Marx nel *Manifesto del part. com. del 1848*: essere lo Stato un comitato che amministra gli affari del ceto borghese, la scienza ha ripudiato del tutto tale idea. Residui sopravvissero per errati atti di governo; ma oggi tendono a scomparire totalmente.

di tutte le classi fra loro. Eppure ciascun gruppo e ciascuna classe ha reali bisogni proprî e non è raro che ne asserisca anche di fittizî. Basta aver accennato quest'alto compito dell'odierno legislatore per affermare che la giurisprudenza ha per discipline essenziali anche quelle che svelano al giurista certi aspetti della civil società (§ 16).

§ 11.

L'opera dei dotti e dello Stato nella formazione del diritto.

Perchè una facoltà umana divenga diritto v'è bisogno di dotti che l'affermino (è un grado di dottrina relativo ad ogni età) e ne preparino quel riconoscimento coattivo (§ 14) di cui la suprema garanzia spetta allo Stato.

Invero, contrariamente a ciò che supponeva la scuola storica medesima, la spontaneità popolare, che poi può essere essa medesima un'esperienza o riflessione più o meno perfetta e così lontana che ci sfugge, non presenta; dirò così, che la materia rude, la quale ha bisogno di grandi manipolazioni prima di diventare diritto, norma giuridica per tutti obbligatoria. Senza l'opera autoritaria dello Stato e dei dotti che lo rappresentano, ciò non potrebbe avvenire.

A questa teoria sembra contraddire la consuetudine che è un tipo primordiale di formazione della norma giuridica, il quale si vuole indipendente da ogni autorità. Ma anche qui la spontaneità è stata esagerata (1). Ad un certo momento noi ravvisiamo

(1) Così è appunto stata esagerata la spontaneità del così detto *senso comune*, frutto invece di educazione

nel popolo la persuasione che certe facoltà debbano esercitarsi, certi atti compiersi in un dato modo. Ma che cosa si nasconde sotto questa persuasione? Forse si può negare che vi siano in lontananza vere e proprie esperienze organizzate, consolidate dall'abitudine e trasmesse ereditariamente? (1). Ciò che diciamo atto incosciente deriva da un atto primitivo cosciente, compiuto talora da un sol uomo di genio che gli altri hanno imitato (2). Ormai è nota l'efficacia dell'imitazione nelle relazioni sociali umane. Noi stessi oggi ripetiamo inconsciamente certi atti e sottostiamo a certe formalità di cui ci sfugge la precisa origine. Tanto più ciò doveva accadere in una fase primitiva della società nostra,

storica e soprattutto di suggestione. Cfr. Ardigò, *Opere filos.*, VI, p. 273 e seg. E giustamente osserva il Lambert (*Études de droit comm. legisl.*, I. p. 129) che neppure giovò la famosa distinzione del Beseler (*Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843) fra il diritto veramente popolare in una fase primordiale e il diritto successivamente caduto in mano dei giuristi. Anche il Lambert conforta qui la mia asserzione che non si è riusciti a dimostrare una fase primitiva del diritto senza intervento di autorità che gli diano aspetto proprio.

(1) Vanni, *Saggi* cit., p. 226.

(2) Vedi ad es. sulla istituzione dei codicilli in Roma, l'efficacia dell'esempio di Lucio Lentulo, d'Augusto, di Labeone, pr. I. *de codicillis*, 2, 25. Nel diritto comune si possono citare ad esempio le famose *cautelae* dell'uno o l'altro dottore che dettero luogo a vere consuetudini. Non diversamente sorgono oggi le consuetudini commerciali (che sembrano tanto spontanee) quando dapprima un commerciante segue certi usi con la propria clientela, che gli altri imitano. Quest'osservazione del Vivante (*Ist. di dir. comm.*, 6.ª ed., Milano 1905, p. 12) è opportunissima per spiegare anche il fatto antico [illegible]

nella quale l'esempio dei morti (forse dapprima della defunta madre), il rispetto al loro volere (1) costituiva spesso quella che io direi autorità morale della consuetudine. E la consuetudine divenne norma giuridica per imitazione degli avi e degli uomini di genio, vera autorità direttiva sociale. Si credevan presenti, dopo morte, come numi tutelari della casa e della città.

La sentenza del giudice supremo o re o patriarca, che si crede ispirata dal nume, pel Sumner-Maine (2) è la prima fase storica del diritto privato. Ora, se quella costituisce, nelle primissime origini, la decisione di un uomo superiore agli altri, a poco a poco, ripetendosi, getta le basi di una uniformità di vedute che imprime nuova autorità alla consuetudine. Di questa fu essa stessa sovente l'espressione. Così lo scabino medioevale attinge le sue decisioni alla fonte che più gli piace; ma non può del tutto staccarsi dalla consuetudine se una ve n'è per il suo caso e gli viene attestata. Mi sembra dunque che la sentenza del supremo giudice crei il diritto,

(1) Cfr. Spencer, *Principles of Sociology*, § 467-469, 529-535. È giustà l'osservazione dello Schiattarella, op. cit., p. 439-440, che nei primi aggregati sociali « quando neppur la madre poteva sapere chi fosse il padre, anzi quando neppure il padre poteva riconoscersi come tale... era la madre che doveva riprodursi in immagine nei sogni e riprodursi, quando era morta, come era stata realmente quando viveva, cioè come la protettrice prima della vita ». Ma si potrà far salire fino a quei remoti avi il culto dei morti? A Roma da questo aspetto è importantissimo il culto dei *lares*.

(2) *Ancien droit*, ch. 1. Cfr. ora Pollock, *Introd.* cit., p. 2 e seg. E già anche il Maine altrove osserva che la sentenza è soltanto ravvisata popolarmente come atto spontaneo del re.

norma giuridica, solo nei primordî dello Stato: poi è mezzo di *riconoscimento* della consuetudine.

Quanto al popolo romano, il cui diritto parve alla scuola storica scaturisse da un'incosciente primitiva consuetudine, si osservi che giureconsulti come Pomponio (1), Gaio (2), Papiniano (3) non pongono tra le fonti del diritto romano la consuetudine del popolo. Invero questa, che risponde al sentimento popolare, è incerta, frammista a molti fattori di vita sociale (religione, cerimonie), ingombrata anche talora da pregiudizî; è d'uopo fissarla, semplificarla, convertirla in precetto giuridico. Quei giureconsulti considerano piuttosto il momento in cui la consuetudine è convertita in precetto giuridico. Due massimi organi direttivi (conforme alla costituzione dello Stato) dettero in Roma impronta giuridica alle consuetudini: il collegio dei pontefici dapprima, il pretore dipoi. I pontefici che non per abusivo, ma per legittimo ufficio (4), erano un consesso di giurisperiti, non solo stabilirono le formole immutabili da usare nel processo (5); ma supplirono le lacune della legge accogliendo norme nuove fondate su le aspirazioni e le consuetudini del popolo.

La consuetudine e il sentimento giuridico popolare non acquistano mai tanta validità e certezza come allora che son base di norme riconosciute in giudizio. Massima parte del diritto romano è scaturita da questo affermarsi processualmente del

(1) L. 2, § 12 D. *de or. iur.*, 1, 2.
(2) *Inst.*, I, 2.
(3) L. 7, D. *de iust. et iure*, 1, 1.
(4) Cfr. la mia memoria nel *Circolo giurid.*, XVII, p. 16.
(5) L. 2, § 6 D. *de or. iur.*, 1, 2.

sentimento popolare mediante il pretore che, per la sua speciale posizione e per le guarentigie di cui era circondato, trovavasi mirabilmente in grado di attuare il diritto vivente nella consuetudine.

Pertanto son forze coscienti, palesi, talora individuali, che producono un riconoscimento quasi legislativo delle consuetudini del popolo romano. Consuetudini ottime, aspirazioni popolari maravigliose sarebbero rimaste allo stato di larva nel fondo della coscienza collettiva, se prive di appositi organi di manifestazione. Così avvenne delle prische consuetudini degli Arii (1), e in parte di quelle dei Greci.

Ecco perchè nei nostri Comuni medioevali si redigeva un codice delle consuetudini, un *constitutum usus*, ed ebbero tutta una letteratura di commento come se fossero leggi. Ma già le consuetudini medioevali, piuttosto pseudo-consuetudini, son reminiscenze di diritto romano (talora, sebbene in grado minore di diritti stranieri) perpetuate nel popolo: anzi nelle plebi italiane custodi della posteriore tradizione giuridica schiettamente romana. Più tardi, nel fiore del diritto comune nostro, le consuetudini di alcune regioni d'Italia (ad es. della Sicilia) conservarono, soltanto per opera di dotti, una propria figura.

Come l'autorità direttiva procura la formolazione della norma giuridica consuetudinaria di generale applicazione, essa stessa redige la legge. Che cosa significa, esagerando, la leggenda dei legislatori i quali presso ogni popolo scrivono le prische leggi, se non queste che il diritto ha d'uopo di ricevere un'impronta dagli uomini di genio?

---

(1) Che pure le ebbero. Leist, *Gräco-ital. Rechtsg.*, 71-81.

Dietro quei nomi, sovente mitici, si nascondono collegi di dotti, autorità dello Stato. Progredendo sempre più la civil società, facendosi complessi i problemi da risolvere, la parola *legislatore* assume l'aspetto di una *fictio iuris*. Commissioni di dotti colpiscono il sentimento popolare (ad es. per le odierne leggi sociali), lo fanno salire alla figura di un problema, lo analizzano scientificamente, ne propongono una soluzione, cui un ministro di genio, interprete dei bisogni del suo tempo, dà il proprio nome; l'assemblea legislativa dedica una parvenza di discussione.

E che cosa è il diritto italiano se non una secolare formazione di dotti interpreti del diritto romano che essi seppero via via ammodernare in modo opportuno? Dotti uomini furono interpreti in pari tempo di quelle aspirazioni popolari che condussero al vigente statuto del regno ed al vigente codice civile. Lo Stato coronò l'opera loro: oggi pure in ogni riforma di leggi v'è l'uomo di genio che la prepara. Nascono e non di rado tumultuano nella coscienza popolare molteplici aspirazioni. Ma queste non giungono talora neppure a porre nettamente i problemi e a vederli sotto ogni aspetto. Così avviene oggi nelle desiderate riforme sociali. D'onde illusioni spesso feconde di tristi eccessi. Nè io temo di dir cosa paradossale sostenendo che le moltitudini popolari sono affatto impotenti a comprendere quei problemi dalla cui soluzione scaturirà il futuro diritto, quando scienziati di cuore e imparziali vi abbiano affaticato lo intelletto e lo Stato fortemente ne secondi le proposte.

Quest'opera dei dotti e dello Stato è benefica e conforme ai bisogni del consorzio umano: per essa

di giorno in giorno si rafforza quel vincolo sociale che è il giuridico (1) e si adatta il concetto della giustizia alle idee di ogni età.

§ 12.

Il diritto come norma a sè del vivere sociale. Leggi e scienza del diritto.

Nella umana società si determina a poco a poco una regola giuridica; la quale si distingue dal precetto morale e dal precetto religioso, non meno che da ogni altra regola di cerimoniale o di etichetta (§ 9). Così quella regola appare come una norma astratta: quasi precetto logico nato nella mente dell'uomo di genio e del legislatore. Questo aspetto a sè della norma che possiam dire diritto ci appare nella consuetudine e nella legge e diviene oggetto di scienza. I metafisici, per un'illusione ottica, prendono come unico l'aspetto che sta loro sott'occhio di questo processo storico e, guardando esclusivamente il lato logico o formale della *regula iuris*, dimenticano la sua faticosa genesi storica e sociale.

Nella consuetudine la regola giuridica vuol già divenire un precetto di validità generale. Ma la forma più precisa di quella regola è il precetto di legge. La parola del legislatore, scolpita sulla pietra o affidata ad altro materiale di cui l'età dispone, si confonde dapprima col precetto del nume e

(1) Diversamente deve pensare soltanto chi ravvisa nel diritto una violenta istituzione connettiva, mi si perdoni la parola.

sembra poi un patto sociale (1). Questa fissa norma tende in tutte le società umane a surrogare la oscillante consuetudine; e sorge assai presto una lotta fra il diritto scritto e il non scritto (2), in cui il primo ha per lo più il sopravvento. Ogni età crede poi di aver regolato stabilmente tutto il diritto (§ 39).

Se la consuetudine può esser tuttora mescolata ad altri fattori di vita sociale, una norma di legge presuppone un isolamento da essi. Perciò la perfetta fissazione del diritto in leggi dovrebbe avvenire in società umane, nelle quali il precetto giuridico si fosse staccato dagli altri, specialmente dal religioso e dal morale. Ma a ciò pervengono gli uomini dopo corsi e ricorsi storici, in cui spesso le religioni invadono la cerchia delle relazioni che diciamo giuridiche. D'altra parte il bisogno di leggi e codici è sì urgente (§ 39) che quelle e questi sopraggiungono nella società civile quando la distinzione dei vari fattori di vita sociale o delle varie sanzioni sociali (come si potrebbe anche dire) non è completa. Onde codici che mescolano insieme precetti morali, religiosi, giuridici, di cerimoniale. Così nelle leggi mosaiche; in quelle di Mánu; nelle leggi regie di Roma; nello stesso Corano.

Nel formolare il diritto compie il legislatore un'opera difficilissima. La difficoltà è duplice; la prima di afferrare tutte quante le aspirazioni della coscienza popolare anelanti a divenir norme coat-

(1) Cfr. la l. 1, 2, D. *de legib.*, dove si citano anche autori greci.

(2) Bene esaminata per la Grecia classica dallo Hirzel, *ἄγραφος νόμος*, Leipzig 1900. L'esame potrebbe esser fatto per altri periodi storici; anche per il nostro.

tive, oltre a quelle già tradotte in consuetudine. La seconda di trovare la formola adatta per esprimere il precetto legale. La formola che è astrazione da casi particolari o può esser troppo rigida e astratta (1), o troppo ristretta e casistica. Quest'opera del legislatore (o dei dotti che gliela preparano) è sì importante che scusa l'illusione di coloro i quali credono inventato da lui tutto il diritto. Eppure egli non deve formolare se non ciò che è. Così nacquero i codici odierni; i compilatori del codice Napoleone, modello al nostro, formolarono il diritto vigente da secoli (2). La scuola storica tedesca si affermò appunto come una necessità di far precedere alla recente codificazione del diritto civile in Germania un completo studio di quel diritto che da secoli la coscienza giuridica tedesca aveva accolto combinando insieme il diritto romano e canonico coi residui dell'antico diritto germanico. Il futuro diritto non sarà che una formola di relazioni sociali già formate o proprio ora in formazione nella nostra società, per molti aspetti sì diversa dall'antica. Formola tanto più difficile, quanto più lo Stato non deve ormai curare gl'interessi di una classe; ma quelli di tutti (§ 10).

Il diritto nella società romana fu anche oggetto di scienza; interessanti son le origini di questa,

(1) Si diceva che nei diritti dell'antichità (tolto il romano) un difetto fondamentale è di esser composti totalmente di principî generali. Gilson, *L'étude du droit rom. comp. aux autr. dr. de l'antiq.*, Paris 1899. Ma ora nelle leggi di Hammurabi troviamo grande pieghevolezza e opportuna considerazione del caso pratico. Cfr. la mia nota, *Le leggi di Hammurabi re di Babilonia del 2250 circa a. C.*, in *Atti Istit. ven.*, t. LXII, 1903-903, p. 1105 e seg.

(2) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 2.

come di ogni altra scienza e si collegano in gran parte con le origini delle professioni (1). Prima del periodo scientifico umano del diritto, hanno tutti i popoli un periodo poetico sacerdotale; il periodo della vera e propria scienza del diritto non spetta che a qualche popolo. E si capisce. Non tutte le civiltà hanno la stessa virtù di resistenza; presto tramontò la civiltà etrusca; la stessa civiltà greca non durò quanto la romana. Non tutti i popoli son forniti delle stesse attitudini, nè la psiche loro dà lo stesso frutto. La civiltà è prodotta da una grande divisione di pensiero, come di lavoro, fra le genti diverse.

Nei prischi tempi i poeti, quasi ispirati dal cielo, sono i depositari delle tradizioni e consuetudini, e indicano qual sia la risposta che il capo, il re, deve dare nel singolo caso (2). Talora troviamo che questa facoltà poetica e quasi profetica è dono di speciali famiglie e vi si trasmette di generazione in generazione. Avviene così che i primi scienziati del diritto sono i poeti. Accanto ai re indiani stanno famiglie di poeti che dicono il diritto; in Grecia, nella monarchia omerica abbiamo qualche cosa di simile. Il re è attorniato dagli ἀοιδοί (aedi). Questo aedo è poeta, scienziato, sapiente, che indica il diritto da applicare e riceve perciò vari nomi; dicesi θεῖος (divino), φιλόσοφος, αὐτοδίδακτος, cioè maestro per se stesso, che è ispirato dai numi, nè ha bisogno di scienza terrena. E nei banchetti cantavano i greci le leggi

(1) Cfr. Spencer, *Contemporary Review*, 1895.

(2) Cfr. qui la interessante memoria del Tamassia, *Il periodo poetico-sacerdotale del diritto*, nell'*Archivio giuridico*, XXXVII, p. 299 e seg.

patrie. Meno precise sono le indicazioni di questo periodo poetico sacerdotale presso le antiche popolazioni italiche. Ma da ciò non si deve già trarre la conseguenza che questo periodo in Italia sia mancato. La civiltà romana così forte e abbagliante distrusse le traccie degli avi. Nondimeno le antiche leggi erano dette dai Romani *carmina*, parola che non pure indica una forma ritmica delle leggi, come anche presso altri antichi popoli; ma fa pensare ai *monita* della dea o ninfa *Carmenta* (simile alla ninfa Begoe degli Etruschi), che è in pari tempo ispiratrice delle opere grandi e delle leggi. Questi *monita* sono ricordati da Virgilio (1). E le XII tavole si dicevano *carmen necessarium*, perchè i fanciulli dovevano impararle nella scuola, e pare avessero una movenza ritmica. Ai nostri orecchi l'hanno ancora certe vetuste formole romane. Nella religione il *flamen dialis* era poeta e sacerdote; gli antichi patrizî furon sacerdoti, auguri, giudici; essi soli sapevano le misteriose formole del culto e della legge e i giorni del calendario in cui si potevano tener i giudizî. Nè è improbabile che la rigidità della vetusta procedura (2) derivasse dal carattere religioso delle parole da pronunciare con effetto giuridico; come è necessario stare servilmente ligi alle forme del culto e alle parole della preghiera e dello scongiuro (3).

Nelle stirpi durature e progressive il diritto non si limita a questo primo periodo poetico-sacerdotale. La ispirazione che può dare e ricevere il

(1) *Aen.*, VII, 336.

(2) Ridotta a sopravvivenza inutile, Gaio la ricorda appunto da questo aspetto.

(3) Cfr. Spencer, loco cit.

poeta accanto al re non basta che per relazioni facili e semplici della vita. Quando in un popolo queste si moltiplicano per il giuoco di opposti interessi e per la divisione del lavoro; quando cresce il numero delle contrattazioni e il territorio si estende, è impossibile che le massime giuridiche rimangano poche e semplici; è necessario vedere come si collegano fra loro, come si adattano a casi parzialmente diversi: incomincia un lavoro scientifico. I popoli hanno la loro infanzia; progredendo si spogliano delle infantili esteriorità, dei primi simboli. Anche è notabile che nell'ampliarsi delle contrattazioni la buona fede vien meno; la pura morale, già lo dicemmo (§ 9), più non basta. Negozî un tempo regolati soltanto dalla morale, come la *vendita*, la *società* e il *mandato*, a poco a poco devono esserlo da norme coattive. Ed ecco che per naturale corso dei tempi sorge una classe di giureconsulti studiosi del diritto, che i Romani dissero *iuris prudentes*. Non si deve credere che basti il senso comune, il consiglio del profano; la difficoltà che gl'impedisce di padroneggiare il diritto omai svolto e fa chiuder questo entro una propria scienza ed una classe a sè di scienziati non dipende dall'abbondanza delle regole, quanto piuttosto dal tecnicismo (§ 9) con cui debbono essere usate (1). Ora una scienza del diritto, a metà fra la pratica e la filosofia del buono e del giusto, non si trova, entro la cerchia dell'antica storia a noi nota, se non presso i Romani (2).

(1) Belle considerazioni dello Jhering, *Geist des röm. Rechts*, III, § 87.

(2) Per ora almeno i tentativi di ritrovare altri vetusti scienziati del diritto hanno tutti del fantastico. Nella

Ed è scienza che parte dalla interpretazione e dai suggerimenti delle cautele per salire al grado di dottrina che combina concetti giuridici e costituisce teorie. È stupefacente il confronto fra Roma e la culla dei sommi filosofi, la Grecia: ristretta ad un'umile e gretta pratica del diritto e paga dei suoi volgari legulei, mentre Platone e Aristotele splendidamente filosofavano di diritto.

Qualunque sia stata l'efficacia posteriore dell'ellenismo sul diritto romano, è certo che Grecia e Roma appaiono nella storia del pensiero giuridico con fondamentali attitudini diverse, sebbene abbiano fra loro notevoli somiglianze. Giova quindi trattenerci un po' a lungo su questo confronto. È grave errore che la civiltà greca e la romana siano disgiunte quasi da un taglio netto, o che si presentino subito in una spiccata antitesi. Si potrebbe invece osservare come la πόλις greca e la città romana abbiano alle origini press'a poco lo stesso aspetto e come nell'una e nell'altra succedano fasi sociali e politiche non molto diverse l'una dall'altra (1). Una profonda differenza si avverte tosto nel modo in cui è formato e concepito il diritto presso l'uno e l'altro popolo. Vi ha insomma, parlando sociologicamente, una grande diversità tra i Greci e i Romani intorno ad uno dei più vitali fenomeni del consorzio sociale: il giuridico. Si è creduto da molti che in Grecia mancassero quelle istituzioni di cui consta il diritto romano

---

civiltà moderna s'infuturò, mi si conceda il verbo, il pensiero giuridico romano e il pensiero filosofico greco.

(1) V. anche la mia memoria, *Le cause econ. delle riforme della costit. aten. secondo Aristotile*, nel volume *Pel XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini*, p. 113 e seg.

Tutt'altro: i Romani stessi riconoscevano che i più notevoli instituti giuridici son comuni a tutti i popoli: diversa è la figura che presso ciascuno assumono (1). Noi troviamo in Grecia gli elementi di cui son fatti gl' instituti giuridici, non già la loro combinazione magistrale che ce ne lasciarono i giureconsulti di Roma. E son talvolta elementi più moderni di quelli romani e che ti si fanno innanzi non di rado nel diritto nostro: enigma men grande di ciò che sembra a prima vista, perchè i filosofi del diritto naturale si appropriarono parte del pensiero greco.

Lo Hegel (2) nella sua analisi degli « elementi dello spirito romano » uscì in queste memorabili parole: « Noi dobbiamo la origine e lo svolgimento del diritto positivo all'intelletto non libero, privo di spirito e di cuore, proprio al mondo romano. Abbiamo già visto come nell'Oriente le relazioni in sè morali ed etiche vi siano comandi giuridici: *perfino presso i Greci la costumanza era un dritto legale:* e perciò la costituzione dipendeva intieramente dalle costumanze e dalla maniera di sentirla: e non avea ancora in sè la fermezza a fronte del variabile Interno e della particolare subbiettività: i Romani compirono cotesta grande distinzione e trovarono un principio di dritto tale che fosse esterno, cioè indipendente dal modo di sentirla e senza cuore. Se ciò fu un gran regalo quanto alla forma, noi possiamo servircene e goderne, senza però esser vittime di un

(1) L. 6 D. *de iust. et iur.*, I, 1: « cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus ».

(2) *Filosofia della storia,* ordin. da E. Gans (trad. Novelli), p. 287.

arido intelletto, senza riguardar quel dritto per sè come il dato supremo della sapienza e della ragione ». E poco prima aveva paragonato alla « prosa dello spirito nell' arte etrusca » la « prosa dello sviluppo del dritto romano e della romana religione ».

Il giudizio dello Hegel non può non fare grande impressione, sì perchè approda ad ammettere un totale distacco del diritto dalla morale in Roma, al contrario di ciò che si asserisce avvenuto in Grecia, sì perchè degrada il valore del diritto romano al solo aspetto della « forma ». Quest'ultima è un punto su cui il filosofo torna volentieri, quasi carezzando l'idea, allorchè insegna: « quelli artisti, che non hanno voluto sapere niente altro se non la parte tecnica, sono a rimpiangersi: come sono da condannarsi coloro che nel sorger delle arti riguardano sempre come suprema la finitezza dell'esecuzione ».

Qui non è il caso di mostrare le continue relazioni fra la morale e il diritto in Roma (relazioni più strette che nell'odierno diritto (1)); ma giova limitarsi a ciò che già anche da non pochi della scuola storica si disse pregio formale del diritto romano, per confrontarlo con certi caratteri del diritto greco classico. Questa frase deve essere riferita non ad un sistema di diritto che, almeno come sistema logico e scientifico, manca in Grecia; ma ad un complesso di regole più o meno omogenee e di validità territoriale più o meno estesa. Il sociologo, il quale penetra con sguardo

(1) Ad esempio per il valore giuridico della *existimatio*, per gli effetti dell'*actio doli* (infamante), per il concetto di *bona fides* (lealtà), ecc.

scrutatore nella società ellenica, ha di che rallegrarsi pei molteplici concetti che brillano nel pensiero dei Greci o sono anche a sprazzi di luce proiettati qua e là nelle costumanze e nelle leggi; ma il fenomeno giuridico non ha mai oltrepassato la fioritura rudimentale e selvaggia, sì che scarsa ne è stata l'efficacia immediata. E la parte di quel fenomeno, che si è, diremo così, infuturata non riuscì a contendere il passo al diritto romano, potendo appena rivivere, talora anche incoscientemente, come lievito di pensiero che critica e sgretola l'edifizio romano. Bisogna appunto venire al così detto periodo del diritto naturale (§ 2).

Il fenomeno giuridico è sostanza sociale con forma adatta al conseguimento di certi fini che entrano appunto nella cerchia del diritto, ossia delle relazioni che esso ha da regolare. Il numero di queste relazioni varia da tempo a tempo, da luogo a luogo. I Greci non seppero creare un tecnicismo giuridico: o videro il diritto troppo dall'alto, e restarono nella filosofia di esso; e lo credettero cosa da leguleï o πραγματικοί (1), e non ne capirono il carattere di scienza. L'istesso confronto fra Roma che crea, conforme alle proprie idee, una classe nobilissima, pregiata, preponderante di giureconsulti e la Grecia che riduce i legisti di professione ad *infimi homines mercedula adducti* (2), è molto istruttivo pel sociologo. Il quale deve ricordare che si formano classi potenti in relazione alle tendenze e ai bisogni che preponderano, come avviene degli organi degli animali; la formazione della classe laica dei *doc-*

(1) Cicer., *De Orat.*, I, 45, 19.
(2) Cicer., loc. cit.

tores dell'età di mezzo, dei *chevaliers en droit*, della nobiltà di toga corrisponde, pel significato, al formarsi degli *amplissimi et clarissimi viri*, cui Roma affidava il culto del diritto. La Grecia non ha una vera scienza del diritto o giurisprudenza: le manca tutto quel tecnicismo di cui è gagliardamente armato il diritto romano, sì da acquistare una propria individualità. Il linguaggio filosofico e medico e matematico di Roma è greco; il giuridico è quasi tutto romano. Proviamoci a ripetere per la Grecia la pomposa definizione romana della giurisprudenza (§ 16) e sarà un non senso, a meno che non vogliasi riferirla ad una filosofia del diritto largamente intesa. Proviamoci a dire col giureconsulto romano che la giurisprudenza è una *vera, non simulata philosophia* (1) e non si saprà come intendere la frase. Nessuna meraviglia pertanto che, quando si vuole esporre il diritto greco classico, si corre sopra una falsariga giuridica romana o romanica (2).

È ben vero, infatti, ciò che scriveva il Dubois (3): « Il ne m'èst guère possible de lire quelque chose sur le droit grec... *sans que la comparaison avec le droit romain se présente immédiatement à notre esprit* ». Ma qui si cade in equivoco sulla idea di comparazione. Questa richiede due cose paragonabili; il diritto romano è veramente un diritto, non

(1) L. 1 D. *de iust. et iur.*, I, 1.

(2) Così nella splendida opera del Beauchet, *Le droit privé de la Republique Athen.*, Paris 1897, quel diritto è guardato necessariamente attraverso le partizioni del diritto romano. Nel *Corpus iuris attici* del Télfy l'impalcatura è tutta romana.

(3) *Nouv. Rev. hist.*, 1881, p. 140.

così il greco. L'asserzione può sembrare paradossale; tanto più che per lo studio del diritto greco, diciamolo così, si può giustamente avere quello stesso entusiasmo che il Lipsius (1) mostra in una sua elegante orazione. Ciò che noi diciamo diritto greco, confessiamolo pure, è una massa incoerente di pensieri filosofici, di interpretazioni oratorie di valore giuridico assai dubbio, di norme più o meno vere di leggi; ma la combinazione giuridica, il sapiente uso di ciò che lo Jhering disse alfabeto del diritto (§ 13) manca totalmente. Ond'è che, quasi più del giurista, il sociologo può far uso di quegli embrioni di diritto che circolano nella civiltà greca; e può questi vedere dove si è arrestata la formazione del fenomeno giuridico con danno della sua energia.

Torniamo al giudizio dello Hegel. Egli magnifica uno stato di diritto come in Grecia, in cui tutto dipendeva, secondo lui, dalle costumanze, dal modo di sentire, dall'assenza di quella esteriore fermezza che contraddice al variabile Interno. Orbene, tutto ciò constituisce appunto la debolezza e la poca vitalità del diritto greco classico. Manca quella forma di cui è ricco il diritto romano, perchè di altre forme (ad es. della pubblicità nella trasmissione di certi diritti) la Grecia offre esempî che mancano a Roma; ma della forma romana si può dire veramente: *dat esse rei.* I grandi lodatori del lato formale del diritto romano non di rado si arrestano all'esterno senza penetrare nell'interno,

(1) *Von der Bedeutung des griech. Rechts*, Leipzig 1893. Cfr. ora Hitzig, *Die Bedeut. des altgr. Rechts für die vergl. Rechtsw.*, Stuttgart 1906, dove si ascrive pure troppo valore al pregio tecnico del diritto romano.

anzi nei penetrali stessi del diritto in cui questa forma si radica e da cui poi germinano le propaggini. Molto istruttivo è il paragone di un instituto romano con quello giuridico che più gli corrisponde in Grecia; spesso poi constatare una lacuna del diritto greco dove è un instituto romano instruisce anche di più. Cicerone detto al diritto greco l'epiteto che più gli conveniva chiamandolo *inconditum* (1). Quest'epiteto è stato frainteso se si prende soltanto per rozzo: si deve tradurre con disordinato, mal composto, non maturo, ravvicinando l'aggettivo alle frasi *conditores iuris, condere iura*, come allusive al costruire logicamente il diritto. Basta fare un confronto tra ciò che un giureconsulto romano intende per opera giuridica e ciò che credette tale Teofrasto, non facendo altro in sostanza che discorrere di usi e costumi intorno alla vendita in quel frammento che abbiamo di lui. Il quale sembra pieno di sapienza giuridica soprattutto a chi lo legge con gli occhi del romanista (2).

Nè si obietti che, dopo aver biasimato il confronto tra il diritto greco e il romano, vi si ricada senza che ce ne accorgiamo. Non è così. Prima di tutto pensiamo a relazioni di fatto identiche o analoghe presso l'uno e l'altro popolo e guardiamo ciò che su di esse ambedue hanno costruito; la conclusione può essere che l'uno vi ha fatto sorgere del diritto nel senso più alto della parola, ossia uno o più instituti giuridici (§ 18), l'altro, no. Guardando poi sociologicamente la funzione

---

(1) *De orat.*, I, 44, 197.

(2) Così è accaduto un po' anche all'esimio ellenista francese, il Dareste (*La science du droit en Grèce*, Paris 1893, p. 301 e seg.).

del diritto, non prendo a criterio il giue romano o quello di altro popolo; ma esamino in sè il diritto come fattore di quel tipo storico di società civile che ha press'a poco la stessa base economica in Grecia, in Roma e presso di noi. Nè alcun sociologo vorrà negare che il midollo del fenomeno giuridico è economico. Lasciamo pur qui da parte quel ramo che in Roma si distinse come *ius publicum* (§ 22) per guardar quello che regola i negozî privati. Orbene, qui la funzione del diritto è indubbiamente di assicurare ciò che il grado della civiltà e della socievolezza riconosce a ciascuna persona come suo, di dar sicurezza alla trasmissione dei diritti, di ben determinare il confine tra uno stato giuridico di cose e l'altro, di bandire più che sia possibile la mala fede, di render rare le liti e imporre loro alla fine un termine. Così la giustizia, dirò con l'Ardigò (1) dove parla da sociologo, diviene veramente la forza specifica della società umana.

A questa funzione giuridica mal corrispose il diritto greco classico (2); e badi il sociologo che di forme esterne esso ebbe un corredo talora anche impacciante per la diffidenza che i Greci medesimi avevano l'uno verso l'altro (3). Nè voglio qui riferirmi al solito ritornello che il *mos* è criterio dell'*ius* e mettere sulla bilancia la *graeca* e la *romana fides* per vedere quale sia di maggiore peso. Con buona pace dello Hegel il modo di sentire dei

(1) *Op. filos.*, IV, p. 95-96.

(2) Dubito dell'asserzione opposta dal Lipsius, loc. cit., p. 19.

(3) Cfr. anche Hoffmann, *Beitr. zur Gesch. des griech. u. röm. Rechts*, Wien 1879, p. 109-110.

Greci, l'Interno variabile, la mancanza di fisse e precise norme nocque in Grecia alla buona fede e insieme alla funzione specifica del diritto. Le cautele sono accessori inutili dove manca il principale. Se questo vogliam dir forma, basta intenderci; meglio si può chiamar tecnicismo del diritto (§ 13), ripetendo nondimeno sempre ai sociologi, ai filosofi del diritto e agli stessi giuristi che veramente più che forma è sostanza del diritto.

La non completa formazione tecnica del diritto greco classico appare tosto a chi pacatamente lo segua nelle principali relazioni, che qui voglion essere semplicemente ricordate. Spesso l'idea che il sociologo ammira sta in alto; in basso il diritto non le corrisponde o almeno il giurista non sa dove finisca la norma giuridica e conrinci il pensiero filosofico. Così avvenne che i tribunali greci, lasciati in balìa assai spesso dell'equità, furono soggetti a tutti i lenocinii dell'oratore (per non dire delle corruzioni), nè giunsero a creare una giurisprudenza che, neanche lontanamente, somigliasse a quella nata nel tribunale del pretore romano, la quale fu base solida di tanti instituti. Le stesse leggi oscure, lasciate forse appositamente oscure dal legislatore per non togliere ogni libertà al tribunale (1), mancarono del sussidio di quella interpretazione collettiva di tipo romano che poteva surrogare la legge. E se il processo civile (limitiamoci a questo) devè corrispondere alla sua funzione sociologica, non è certo ammirevole in Grecia; dove, malgrado una tale quale distinzione delle azioni, siamo lungi dall'avere quei tipi benefici romani di *actiones* che sono stati l'impalcatura dei

(1) Aristot., *Constit: degli Aten.*, c. 9.

negozi giuridici. Il progredito tecnicismo giuridico concentra in una domanda giudiziale più pretese omogenee e legate logicamente l'una all'altra. La *rei vindicatio* romana è mirabile da quest'aspetto (1). La διαδικασία greca, che deve corrisponderle, è un impacciante meccanismo in cui il proprietario, per far riconoscere utilmente il proprio diritto, deve agire due o tre volte in separati giudizi (2), i quali, per essere di natura omogenea, potrebbero logicamente, come avvenne in Roma, compenetrarsi in uno. Eppure non manca nel pensiero greco, mirabilmente espressa, la persuasione della necessità che la giustizia sia amministrata nel miglior modo (3).

E chi è il soggetto del diritto? Niuno ignora che i filosofi greci hanno, si può dire, un punto d'appoggio per le loro speculazioni sociali nella φύσις. « I filosofi del primo periodo, dice il Windelband (4), avevano dato all'essenza eternamente eguale delle cose e sopravvivente a tutte le mutazioni il nome di natura (φύσις): adesso si domanda se da questa natura eternamente eguale (φύσει) derivi anche una legge che non muta malgrado tutti i cambiamenti e tutte le diversità, e in antitesi a ciò si fa osservare che quanti ordinamenti vi sono, i quali hanno vigore temporaneamente e in una ristretta cerchia, sorgono mediante umana determinazione (θέσει o νόμῳ) e da questa traggono il loro fondamento ». Noi sappiamo da Platone (5) che la legge tiranneggia l'uomo

---

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. priv. giust.*, I, § 72.

(2) Cfr. Dareste, *La science du droit en Grèce*, p. 311.

(3) Arist., *Polit.*, IV, 14.

(4) *Lehrb. der Gesch. der Philos.*, p. 58.

(5) *Protag.*, 337 c.

e lo spinge a molte cose contrarie alla natura. Bellissime dottrine ci offre Aristotile (1) circa l'origine del diritto della natura, e cioè di un diritto superiore al civile perchè universale e immutabile. Questi concetti greci rifioriscono appunto nei giureconsulti romani come una specie di giustificazione teorica di ciò che era avvenuto in Roma per il mutarsi del diritto da patrizio in civico, da civico in umano, almeno come facoltà dell'*homo liber* (§ 9). Ma in Grecia il diritto, malgrado quelle vaste concezioni teoriche, restò civico, non giungendo neppur sempre ad esser comune a tutte le classi dei cittadini (§ 10). Onde aperta la via a disuguaglianze giuridiche, ad eccezioni nell'abolire un instituto (es. la schiavitù per debiti conservata per i *metekoi*), le quali contrastano all'organismo di una società civile. Onde incapaci di diritto gli stranieri, malgrado il sublime concetto platonico di un amore che ha da legare fra loro tutti i consorzi umani (2).

La schiavitù pecca pure in Grecia di quella imprecisione giuridica, che, se può qualche volta aver giovato a chi era schiavo (i sentimenti dell'eleganza, del bello, dell'arte trattengono talora dalla ferocia quasi come freni morali), non di rado gli tornava sfavorevole. Si pensi che nessuna precisa formalità distingueva il momento solenne dell'affrancazione del servo, e che forse il capriccio

(1) *Polit.*, I, 1, § 8, 9; *Rhet.*, I, 13, §§ 2, 15, § 6; *Ethica*, V, 7, § 1, 2, 3, 5.

(2) Catellani, *La dottr. platon. delle idee e il conc. di società intern.*, negli *Studi giurid. di dir. ed. in onore di F. Schupfer*, p. 285 e seg.

del padrone poteva ricacciarlo da un momento all'altro nel precedente stato (1). Ancor più sociologicamente difettoso è il diritto greco classico per la non compiuta figura della persona giuridica (2). Questa è una forma molto opportuna per garantire il raggiungimento di fini eccedenti la breve durata della vita umana, e così l'energia individuale viene come centuplicata nel consorzio civile; con l'opera continua dello Stato concorre quella, pur continua, di enti astratti concepiti come realtà. Quale surrogato della persona giuridica si ricorre a testamenti successivi, che rendono il proprietario del patrimonio destinato ad un fine una specie di fedecommessario; o si usa l'espediente, noto anche al diritto medioevale barbarico, di far donazioni a una divinità attorno a cui si fa vivere una corporazione (3).

Nel regolamento della proprietà poteva avere in Grecia un'efficacia giuridica la poca importanza dell'individuo e la possibilità dello Stato di limitare la proprietà dei privati nell'interesse sociale (4). La σεισάχθεια solonica rassomiglia, in linguaggio nostro, ad un'abolizione del gran libro del debito

(1) A ciò allude forse anche Menandro quando fa che un soldataccio recida la chioma alla schiava da lui già affrancata. Cfr. la mia memorietta *Il dir. in un framm. di commedia di Menandro*, Padova 1901.

(2) Cfr. le mie *Istituz. di dir. priv. giust.*, I §§ 24-26 e le mie *Istit. di dir. civ. ital.*, § 14.

(3) Beauchet, *Hist. du droit privé de la Rép. Athén.*, III, p. 383 e seg., 706.

(4) Tanto più che si sapeva dipendere le rivoluzioni politiche dall'ordinamento della proprietà. Aristotile *Polit.*, VIII, 7.

pubblico e dei libri delle ipoteche (1). Balena nelle leggi platoniche l'idea di una comunione delle acque fra gli agricoltori circostanti e di un acquedotto coattivo simile a quello del nostro diritto; ma, pur con tante speciali regole passate, alcune almeno, anche nelle fonti romane, il diritto greco classico fu impotente a creare una dottrina veramente giuridica della vicinanza in cui si distinguessero nettamente le facoltà derivanti dal patto e quelle nascenti dalla legge (2). Soprattutto poi è grave nel diritto greco classico la mancanza di un concetto preciso del possesso e della sua funzione distinta da quella della proprietà, eppure, come noi vediamo, a tutto servizio di questa (3). La stessa parola χρῆσις è del tutto indeterminata. Il sociologo, che vuol penetrare nell'intima essenza del fenomeno giuridico, non può ignorare quanto il possesso sia efficace nella prova della proprietà e come il mondo moderno abbia ereditato da romano una dottrina della *possessio separata a proprietate*, che anzi ha sentito il bisogno di rinvigorire e ampliare. Col possesso mancò ai Greci una ben precisa dottrina della usucapione. È impossibile che il sociologo non vegga subito quanto essa risponda al sentimento popolare che ciò che è e dura tal quale chiude in sè il germe del di-

---

(1) I versi dell'elegia di Solone (Aristot., *Cost. degli Aten.*, c. 12). ...*γῆ μέλαινα, τῆς ἐγώ ποτε* ecc. si debbono riferire all'abbattimento delle pietre terminali (ὅροι) con le iscrizioni ipotecarie; tanto più che segue dicendo aver resa libera la terra già serva.

(2) Cfr. la mia memoria, *Rapporti di vicinanza in materia di acque nel dir. att. comp. al rom.*, in *Arch. giur.* XXXIV, p. 297 e seg.

(3) Cfr. le mie *Istit. di dir. priv. giust.*, I, § 61.

ritto, e come essa dia valore al lavoro e al capitale impiegato dal possessore diligente rimpetto ad un proprietario negligente e giovi infine a porre un termine alle liti. Anche qui splendide idee ti occorrono in Demostene e più in Platone, che parla persino di negligenza del proprietario (1); ma, dopo aver cercato invano un instituto che abbia almeno qualche somiglianza con la romana *usucapio* (2), non ci resta che ammettere, come ultimo rifugio, quella assai pericolosa equità cui potevano ispirarsi gli eliasti.

Noti il sociologo come sia bellissimo e moderno il principio fondamentale dei contratti in Grecia: tutto valere ciò che l'una parte promette all'altra (3). Ma, se lasciamo le riflessioni aristoteliche dottissime sulla offesa recata alla legge da chi violi un contratto e sulla utilità dei contratti per lo scambio dei servigi, poco ci resta da ammirare. Mai ci occorre, neanche da lontano, una dottrina che possa confrontarsi con quella della *stipulatio* romana, madre della nostra generale dottrina del contratto. Quella massima che i Greci dànno per fondamentale non poteva servire al pensiero giuridico se non dopo la progressiva analisi delle figure tipiche di contratti, quale ci offre il diritto romano. Noi vi siamo risaliti dopo il lavoro analitico dello spirito romano; e, per farla entrare nella cerchia giuridica, l'abbiamo dovuta limitare col requisito della causa del contratto (4).

(1) Cfr. Beauchet, op. cit., IV, p. 143.
(2) Cfr. le mie *Istituz. di dir. priv. giust.*, I, § 70.
(3) Hyper., *C. Athenog*, c. 6: ὁ νόμος λέγει ὅσα, ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ κύρια εἶναι.
(4) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 58.

Così il diritto greco classico c'illumina e per ciò che ha e per ciò che gli manca. Il sociologo vi può trovare una mirabile conferma del bisogno imprescindibile di una forma o tecnicismo giuridico perchè le idee circolanti in un civile consorzio abbiano immediata efficacia. Altra conferma che la scuola storica tedesca esagerava la spontaneità della coscienza popolare (§ 6). Ma è anche vero che ciascun popolo ha una propria psiche, più o meno atta a tradurre in realtà i sentimenti e le idee che la muovono. Da quest'aspetto nùn popolo può essere accusato di non aver fatto ciò che non poteva fare.

E Roma ebbe ciò che per il diritto mancò alla Grecia. Grande precisione di forme e di massime giuridiche; netto confine delle diverse relazioni governate dal diritto; chiara idea di una norma giuridica (*ius*) distinta dai precetti di religione (*fas, nefas*) e di morale (*boni mores*). Le *regulae iuris* parvero ai Romani necessariamente legate alla durata dei fatti di cui sono specchio e tutte vicendevolmente combinate e insieme operanti nella loro applicazione (1). Appunto in questa coordinazione delle massime giuridiche noi troviamo l'alto valore della scienza romana, la quale consiste nel determinare i concetti fondamentali di *azione*, di *condizione*, di *diritto personale*, di *diritto reale*, ecc., nel coordinarli tra loro, nel trovare il tipo dei rapporti giuridici (§ 13).

(1) L'Editto del pretore non sarebbe certamente bastato come modello di diritto ai popoli avvenire se i giureconsulti (checchè ne pensasse Cicerone) non l'avessero preso bensì a fondamento; ma per costruirvi un edifizio scientifico della giurisprudenza. Cfr. la mia voce *Editto* nel *Digesto ital.*

Per ciò che si riferisce all'attitudine speciale dei Romani a una scienza del diritto, essi stessi sentirono vivamente la disposizione loro al trattare le armi come al comporre le leggi. Oltre al noto passo di Virgilio (1), noi potremmo trovare nei classici tante frasi nelle quali spicca un fatidico sentimento di essere destinati alla guerra e al culto delle leggi. È famoso un passo di T. Livio (2) dove si racconta che dalla bassa Italia era venuta una legazione a Roma per chiedere leggi, perocchè dice esso: *nec arma modo sed iura quoque romana late pollebant.* La scienza giuridica romana non si limitò al diritto privato: nelle opere dei giureconsulti classici entrano parti di diritto pubblico. La costituzione politica di Roma fu invero qualche cosa di mirabile: dimostrano qui pure i Romani un' impronta originale. Onde giustamente fu ritenuto che si può tuttora fare opportuno esperimento se, per la coltura sociale e politica del nostro tempo, una più precisa e fondamentale trattazione del diritto politico di Roma arrechi quei vantaggi che il diritto civile trasse dallo studio del diritto romano (3). In nessuna costituzione politica era, come a Roma, così chiaro il concetto che il potere dell'autorità sovrana (regia, consolare, imperiale) deriva dal popolo (4). Ma per quanto mirabile fosse

(1) *Aen.*, V, 848-54.

(2) IX, 12.

(3) L'osservazione è dello Holtzendorff, *Lehrbuch der röm. Rechtsg. von Padelletti,* Vorwort, p. VII-VIII, Berlin 1879. Cfr. anche Orlando, *Arch. giurid.*, XLII p. 110.

(4) Anche il Mommsen (*R. Staatsrecht,* I, p. 50) dice che la *lex de imperio* si rannoda in Roma ad un'antichissima consuetudine.

la primitiva costituzione politica del popolo romano, uno studio fondamentale del diritto pubblico non fu fatto dai Romani così amorosamente come quello del diritto privato. È vero che nelle compilazioni giustinianee vennero accolte talune dottrine fondamentali del diritto pubblico (1), e che quando nel secolo undecimo si cominciarono fra noi a ristudiare più profondamente le fonti romane il *Corpus iuris civilis* non fu un faro luminoso soltanto per il diritto privato; ma vi si cercarono anche le massime di diritto pubblico (§ 2). Nondimeno il diritto pubblico romano, assai presto corrotto dal dispotismo e dal fasto orientale, non surse mai ad un vero organismo scientifico. La sua esposizione sistematica è oggi più opera dei dotti, che riproduzione genuina di un completo obiettivo sistema.

Di questa scienza romana così organica noi possiamo fare uso non solo per la interpretazione del *Corpus iuris;* ma anche come mezzo alla formazione di una moderna scienza del diritto. Fu detto giustamente: *a traverso il diritto romano, oltre di questo* (2). Ed il motto significa più di quello che comunemente si crede. Nè siamo così ciechi adoratori del passato, quanto piuttosto apprendiamo dai primi giureconsulti del mondo un tecnicismo

(1) Nelle lezioni delle università medioevali i tre ultimi libri del codice giustinianeo eran disgiunti dai primi nove, come appartenenti al diritto pubblico.

(2) È la nota frase dello Jhering, *Geist. des r. R.*, I, Einl., § 1. Un altro illustre romanista tedesco, il Windscheid, diceva dover essere l'odierno romanista tedesco « amico insieme e nemico del diritto romano »; amico dello spirito, nemico della lettera di esso (*Reden und Abhandl.*, p. 43).

che può servire come strumento di quotidiano lavoro, a quella guisa che il giovane artista, il quale parte dalla imitazione dei classici esemplari, prepara l'occhio e la mano a riprodurre la natura che lo circonda.

§ 13.

Il tecnicismo del diritto.

Il tecnicismo giuridico distingue il giureconsulto dal profano che parla di leggi. Si fornisce con tale tecnicismo (1) al giureconsulto un corredo di cognizioni dapprima, di abitudini mentali poi. Nè si può qui far distinzione fra il teorico e il pratico: hanno essi uffici fra loro momentaneamente diversi; ma eguale dev'essere la loro preparazione. È antica e sovente ripetuta l'accusa che il giureconsulto vuol fare del suo còmpito un monopolio e argomenta e decide in modo che i profani talora non intendono e perciò deridono. Ed antica e frequente è pur l'ironia su certe distinzioni che i giuristi ammettono come necessarie (2) e che ai profani o a coloro che guardano le cose da altro

---

(1) Da τέχνη che in greco mirabilmente esprime l'arte e la scienza, non meno che l'abilità della persona, la sua capacità di fare.

(2) Così Seneca (*De benef.*, VI, 5) scriveva: « iuris consultorum istae acutae ineptiae sunt qui hereditatem negant usucapi posse sed ea, quae in hereditate sunt, tanquam quicquam aliud sit hereditas quam ea quae in hereditate sunt ». E proprio son cose diverse per noi. E quanti non si sono meravigliati che noi distinguiamo cose divisibili da indivisibili, consumabili da inconsumabili, che ammettiamo persone incorporee, ecc. Ma vedano, di grazia, lo scopo e l'ufficio di questi concetti nel sistema del diritto!

aspetto sembrano strane. Eppure il nostro tecnicismo è una necessità, se si ha da intendere e attuare quell'ordinamento giuridico o sistema di norme di diritto che vige in ogni età, anche fuori delle leggi e dei libri, a sostegno della civil società; e si vuole perfezionarlo e mutarlo col mutarsi dei bisogni sociali. Fu creduto via via che tutto l'uffizio del giurista si potesse ridurre ad un'interpretazione dei testi di legge; ma ci accorgiamo che anche qui caddero legislatori e popoli in una grande illusione (§ 89). Tanto più il moderno diritto, per la sua complessità, richiede maestri, consulenti e decidenti dotati di un sicuro tecnicismo che li innalza quasi, per qualche istante almeno, al grado di legislatori. Eppur questo tecnicismo è, dei meno studiati come oggetto a sè (1). Non si confonde con la filosofia, nè con la filosofia del diritto, nè con l'asserita dottrina generale dei principî giuridici (2); a ognuna di queste discipline attinge; ma forma poi un tutto in parte congenito all'intelletto umano, in parte da esso acquistato con l'ammaestramento.

Sono punti principali del tecnicismo nostro:

a) la dialettica giuridica;

b) il linguaggio giuridico;

c) la determinazione dei rapporti e degli istituti giuridici;

d) il sistema;

e) l'applicazione del diritto al fatto.

---

(1) Io non conosco miglior trattazione di quella dello Jhering, e, come già dissi a lui in vita, ne feci e ne faccio utilmente uso nella scuola. Cfr. nondimeno § [illegible].

(2) Che astrae anzi dai caratteri concreti del diritto di un popolo (Bierling, *Jurist. Prinzipienl.*, I, Freib. u. Leipzig 1894, p. 1 e seg.). Il nostro tecnicismo è romano.

Questi fattori figurano distinti, a scopo di ammaestramento, per necessità insuperabile della mente nostra (che qui pure soggiace alla relatività della conoscenza (§ 8); ma essi operano insieme nel giureconsulto. Ed avviene in lui un'associazione d'idee che, quando è esperto, non gli fa più avvertire queste regole usuali. I giureconsulti romani, che ne usavano tuttodì magistralmente, non ne parlano se non in modo frammentario e di sfuggita. Ma un tecnicismo giuridico è ancora quasi totalmente romano.

La dialettica giuridica non soltanto consiste nell'arte e di ragionare a fil di logica, nell'arte forense propriamente detta; ma anche nell'acuta distinzione delle massime giuridiche eterogenee, nel raggruppamento delle omogenee (1). La ricerca dell'omogeneità, portando ad analizzare una massima in tutte le sue attinenze, fa vedere anche i legami fra il diritto privato e il pubblico (§ 19), fra il diritto e le scienze politiche e sociali (§ 30). Nè si creda che questa dialettica sia necessaria principalmente a chi espone la teoria del diritto e combina insieme principî e dottrine. È altrettanto necessaria al pratico che deve cercare le norme omogenee al caso da decidere. Quando l'avversario vuol disapplicare, come dicesi, la dottrina invocata dall'altra parte per il caso, si sforza di mostrare che manca l'omogeneità fra questo e quella dottrina. E già nel portare dinanzi al giudice la questione si era fatta una concentrazione di pretese omogenee nella domanda dell'attore. Quanto i Greci furono inesperti in

(1) Ciò che osservava il Pernice (*M. A. Labeo*, I Halle 1873, p. 23) poi Romani.

questa compendiosa concentrazione (§ 12), tanto invece vi riuscirono i Romani con le loro *actiones:* brevi formole di pretese, fra loro dialetticamente combinate secondo il canone del principale e dell'accessorio, della cosa e del suo surrogato (1).

La dialettica giuridica, pur pretendendo di constituire la scienza (e può farlo rettamente intesa) fu semplicemente espositiva e alimentò inutili dispute nei periodi peggiori della storia della giurisprudenza. È un puro pregiudizio volgare che chi ha facile e prolissa parola sia chiamato allo studio delle leggi. La nostra dialettica vuol essere sobria, precisa, animata da orrore del superfluo nel rappresentare la realtà del caso, a quella guisa che ne è animato l'artista il quale in tela o in marmo riproduce la natura. Per salvarsi dal pericolo di divenire una fredda dialettica di scuola (in parte purtroppo accade sempre ed è accaduto a noi pure per certe dottrine) deve esser sicura delle norme fondamentali da cui parte, nè si deve rifiutare di sottoporle ad esame, contrariamente a ciò che usava la scolastica medioevale. A quell'esame non si opponga alcun limite, se anche l'interprete del diritto positivo entra per tal via nel dominio della filosofia del diritto o delle scienze politiche e sociali. Deve pure guardarsi dallo esagerare il rigore logico dei principî: non si tratta di una pura matematica, sivvero di una scienza sottoposta alle più svariate configurazioni pratiche e volta a regolarle unendo l'esattezza logica al criterio della equità e della utilità. Si meditino queste bellissime considerazioni dello Jhering (2): « Quel completo culto

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. priv. giust.*, I, § 51.
(2) *Geist. des r. R.*, IV, p. 311-312.

della logica che pensa di far sorgere la giurisprudenza ad una matematica del diritto (1) è un errore, e riposa sopra un disconoscimento della natura del diritto. La vita non è per i teoremi, ma questi per quella. Non ciò che la logica, ma ciò che la vita, il commercio, il sentimento giuridico richiede, ha da accadere, sia logicamente necessario o impossibile. I Romani avrebber meritato di abitare ad Abdera se si fossero condotti in altro modo ed avessero sacrificato gl'interessi della vita ad una dialettica di scuola ». I Romani non si spaventarono certamente di opportune deviazioni dal rigore logico dei principî (2); e se anche la loro logica parve al Leibnitz (3) simigliante a quella dei geometri, seppero ispirarsi non pure alla *subtilitas iuris*, ma alle necessità variabili del caso. Già del resto fra i romanisti moderni non è raro trovare chi afferma che, quando v'è conflitto fra la teoria giuridica e i bisogni della vita reale, il difetto è tutto quanto dalla parte di quella (4).

(1) Com'è facile comprendere, qui non si esclude *a priori* la possibilità di poter rappresentare dottrine e leggi con formole matematiche nelle scienze sociali (cfr. § 32).

(2) Cfr. ad esempio la bella osservazione: *ne, dum nimia subtilitate circa res utimur pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur* (l. 7 C. *ad Sc. Treb.*, 6, 49).

(3) « *Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit* », Op. IV, 3, p. 267-68. Di qui forse derivò la frase gradita ai romanisti della scuola storica tedesca che nel diritto romano si vede *ein Rechnen mit Begriffen* (far di conto con concetti); ma è equivoca.

(4) Cfr. ad es. Delbruck, *Die Uebern. fremd. Schulden*, 1853, p. 7; Salpius, *Novation und Deleg.*, Berlin 1864, p. 346-47. Vedi come il diritto romano e le reali necessità della vita conducessero gli stessi scolastici a deroghe al

Un altro aspetto di tali esagerazioni è credere che la logica giuridica di un popolo e di un'età abbia valore assoluto. È noto che i legisti dell'età di mezzo, dai tempi più antichi ai più recenti, dicevano non essere *nec lex nec ratio* tuttociò che discordava dal diritto romano. Nè ci siamo ancora del tutto liberati dal fallace criterio. La logica del diritto di un popolo non offre che un termine di confronto.

Ben guardando il fondo delle cose, certi contrasti fra la regola giuridica e la sostanziale struttura delle relazioni fra gli uomini nella civil società sono inevitabili (1). Il giurista pone certe massime e le svolge e le applica con propri criteri: molte volte queste massime non investono che qualche punto di quelle relazioni. La logica procede immutabile nelle applicazioni fin che dura la massima; intanto la relazione si svolge, non di rado nei punti non regolati dal diritto, e in tutti è soggetta a un continuo mutamento (2). Non si potrà perciò mai lodare abbastanza il senno dei Romani nel porre sull'avviso contro il soverchio valore a sè delle regole giuridiche.

Il linguaggio giuridico è pel diritto ciò che lo speciale linguaggio per ogni altra scienza. Noi dobbiamo evitare di circondarci inutilmente di una barbara e altisonante fraseologia: molti neologismi sono oggi di moda e rendono gli scritti dei giuristi,

---

diritto naturale nel bel libro del Benucci, *La derog. del dir. nat.*, Perugia 1906.

(1) Cfr. Stammler, *Wirtschaft und Rech.*, § 30-31.

(2) Un esempio notevole è quello dello svolgimento del possesso rimpetto alla genuina figura romana. Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 39.

gli atti loro, le leggi e i regolamenti un esempio di barbarie. Nondimeno non possiamo fare a meno di dare a talune parole dell'uso comune, come possesso, confusione, inabilitazione, legittimazione, figli naturali, causa del contratto, ecc. ecc., uno speciale significato che ci presenta una cognizione scientifica diversa dalla volgare. Sebbene un codice, specialmente del tipo dei nostri, debba essere inteso dal massimo numero possibile di persone, non potrà esimersi dal parlare in un tecnico linguaggio. Perciò nelle disposizioni preliminari del codice civile si dice (1): « nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore ». Qui il *proprio significato* è il *tecnico*.

La precisione del linguaggio fu eminentemente cara ai giureconsulti romani, che formarono una dottrina *de verborum significatione:* anche nelle *Pandette* il penultimo titolo del libro ultimo è una specie di dizionario giuridico. Tal precisione è necessaria così nella scuola come nella pratica conclusione degli atti giuridici; il profano non esprime precisamente la propria volontà, l'uomo di legge dee saperla tradurre in giuridico linguaggio. Essendo la parola la rappresentazione d'una idea, quella fa tosto, se precisa, pensare alle norme che regolano l'atto giuridico ove è adoperata. Il notaio non ha quindi da esser meno giurista dell'avvocato; molte liti sorgono per la imprecisione dei notarili istrumenti.

Un sottile lavoro di dialettica è il raggruppamento delle massime giuridiche; le quali non sono

(1) Art. 3.

dissociate o ad arbitrio accozzate, come il profano crederebbe, ma leganai naturalmente in rapporti ed istituti con cui il giurista deve esser familiare sì da viverci in mezzo e considerarli come viventi entità. La causa dei rapporti giuridici sta nell'uomo stesso operoso in società per la propria conservazione ed il proprio perfezionamento: la determinazione loro da un certo aspetto, che li riduce a formole di diritto, è opera dello scienziato (1). Il trionfo del diritto sulla morale spontanea (§ 9) accresce il numero dei rapporti giuridici.

Dicesi rapporto giuridico un *rapporto della vita reale parzialmente o totalmente regolato dal diritto* (2). Ciò significa che esso può essere fatto valere in modo coattivo reclamando l'intervento dell'autorità giudiziaria: o che ha almeno un'indiretta efficacia giuridica (3). Non si deve credere che un

(1) Secondo il Savigny (*System des heutig. röm. Rechts*, I, § 52) si distinguono in ogni rapporto giuridico due parti: la materia o sostanza o semplice stato di fatto da un lato, e dall'altro la forma per cui questo stato sorge a figura giuridica. Contro questa distinzione si schiera il Bierling (*Kritik der jurist. Grundbegr.*, II, Gotha 1883, p. 128 e seg., e *Jurist. Prinzipienlehre*, I, p. 191), perchè anche la figura giuridica ha un carattere « di fatto ». Certamente è diritto attuato; ma la distinzione del Savigny giova per ricordare al giurista che la figura di un rapporto giuridico dipende da una mutabile realtà di cose.

(2) Rapporto giuridico e rapporto della vita non coincidono. Vi son rapporti della vita (compresa la vita di esseri non umani) che escludono l'idea di rapporto giuridico; ed altri che potrebbero esserlo producendo una correlazione di diritti e doveri (Bierling, *Jurist. Prinzipienlehre*, I, p. 187 e seg.).

(3) Cfr. le mie *Istit. di dir. priv. giust.*, I, § 9 e le mie *Ist. di dir. civ.*, § 7.

rapporto divenga giuridico solo quando è regolato totalmente dal diritto: vi sono rapporti, come appunto quelli di famiglia, di cui soltanto una parte è regolata dal diritto; ciò basta perchè essi siano giuridici. Tutti quanti i rapporti giuridici sono fra l'uomo e le cose esteriori o fra esso e i suoi simili: in tali aspetti svolgesi tutta intiera l'attività giuridica umana nel diritto privato. Nel pubblico si hanno rapporti giuridici fra l'individuo e lo Stato.

Dicesi istituto giuridico l'*unione sistematica dei principî che regolano un rapporto giuridico*. Invero più principî o massime regolano il rapporto giuridico: alcune di queste sono fondamentali o primigenie, altre secondarie, altre appaiono come corollari. Esprimere queste relazioni, quali realmente esistono, è uffizio di quella dialettica senza cui non si ha scienza del diritto. Noi analizziamo il rapporto giuridico nei suoi elementi: subietto, obietto, fatto d'onde deriva, opportuna protezione in giudizio. L'analisi dell'istituto giuridico ci conduce a presentarne la definizione, i requisiti essenziali, il modo con cui sorge e si estingue: si hanno così le singole dottrine giuridiche che rispecchiano gli istituti come altrettante individualità. Le trasformazioni di un istituto o sono tali che non ne mutano intieramente l'aspetto, e l'istituto resta così nella precedente categoria, o ne alterano del tutto la fisonomia, ed esso spostasi dall'una all'altra categoria. Costruiamo in questo modo figure giuridiche tipiche, che non sono un mero parto della nostra fantasia, nè creazione del nostro arbitrio; ma rappresentazioni della incessante attività umana espresse da norme giuridiche. In queste rappresentazioni nondimeno il giureconsulto mostra la

sua nobiltà (1). Egli diviene perfettamente consapevole che il diritto è un organismo logico tanto quanto la lingua del popolo, allorchè concorre o nella misura in cui concorre a formolare quell'organica unità. Le prime a vedersi sono le regole giuridiche che esprimono una successione costante di fatti; non pure il profano, ma il legislatore può arrestarsi ad esse presentandole nella loro originaria e pratica forma. La scienza invece non solo deve spiegarle e ordinarle, bensì convertirle in fattori logici di quell'unità. Le regole giuridiche partono dall'affermazione di casi concreti per salire poi, ravvisando ciò che essi hanno di comune, ad un grado via via maggiore di astratta generalità (1). Le regole si combinano nei concetti degli instituti giuridici, sì che in un concetto ben formulato si può trovare il contenuto pratico di dieci precedenti regole (2). Anche qui fu mirabile il lavoro dei Romani in confronto a quello dei Greci (3).

---

(1) Cfr. specialmente lo Jhering, *Geist. des r R.*, I, §§ 3-4, IV, §§ 38-41.

(2) Es.: dai casi pratici di stato di obbligazione si salì all'obbligazione; dal commercio degli schiavi ed animali al rispondere pei vizî della cosa; dal preporre uno al commercio di terra o di mare all'idea del rispondere pei debiti del rappresentante, ecc.

(3) Prendo dallo Jhering stesso uno dei mille esempi possibili. Nella definizione del diritto di pegno son concentrate tante regole. Così la possibilità del patto fra debitore e creditore per surrogare, occorrendo, la cosa al prezzo; la concessione di un'*actio in rem* contro il terzo; l'indole della cosa pignorata; il credito cui accede il diritto di pegno, ecc.

(4) Egregiamente il diletto mio maestro C. G. Bruns spiegava questa costruzione giuridica dei Romani in un suo aureo disegno di *Storia del dir. rom.*, nella *Encyklop. der Rechtsw.* dello Holtzendorf, I, 5, ecc., p. 146, 147.

Tali regole sono state paragonate, come un alfabeto giuridico, all'alfabeto della lingua (1). Con un numero ristretto di lettere delle lingue nostre si compone un numero grandissimo di parole; leggere e comprendere è dividere rapidamente la parola in lettere e dare a queste il loro valore. Con un numero relativamente ristretto di regole giuridiche si combina un numero grandissimo di concetti giuridici e si padroneggia l'ampio regno della giurisprudenza. Diversamente sarebbe impossibile apprendere e ritenere tutte le regole; combinate in concetti giuridici, da questi risaliamo rapidamente ai loro fattori, le regole, e le comprendiamo in sè e nella combinazione in cui ci si presentano. Ma non è esclusa un'altra combinazione fin dove l'omogeneità dialetticamente constatata lo permetta. Anche i concetti possono poi alla lor volta essere adoperati, a mo' di lettere dell'alfabeto, per nuove combinazioni giuridiche. Così fece l'antica giurisprudenza italiana; così facciamo noi, specialmente dove il codice è muto (2).

Evidentemente l'alfabeto giuridico è più ampio, meno chiuso e più mutabile di quello della lingua. I rapporti e gli istituti giuridici, così logicamente perfezionati, muovonsi in specie attorno al cultore del diritto privato; ma rinnoverebbero del tutto il diritto pubblico, se quivi pure fossero in simil guisa raggruppate e considerate le norme che pur

(1) È il noto paragone dello Jhering; egli lo credette sempre il più efficace confronto per far comprendere ai profani l'opera del giureconsulto.

(2) Per una combinazione del concetto di mandato col nuovo concetto odierno di comitato, v. ad es. la mia nota nella *Riv. di dir. commerc.*, IV, p. 235 e seg.

sono giuridiche (1). Invero per una « questione tutta tecnica », per un « abito intellettuale » lo studioso di diritto privato ha finito col considerare i principî giuridici come esistenze reali, mentre invece ai « cultori del diritto pubblico » appaiono come creazione dell'arbitrio (2). Ciò dipende appunto dal diverso modo in cui alcuni concepiscono il diritto pubblico (§ 22).

Come sono legate fra loro le massime nell'istituto giuridico, che rappresenta un piccolo sistema, tutti i rapporti ed istituti sono stretti così vicendevolmente in un generale sistema che costituisce il più elevato gradino della scienza del diritto. Preme qui osservare che metodo e sistema son termini correlativi. In un metodo speculativo la ragione, che pretende suscitare ogni cosa dal nulla, crea pure le divisioni e suddivisioni, i collegamenti, le unioni, le disgiunzioni dei varî elementi che costituiscono appunto il carattere del sistema subiettivo ed individuale. In un metodo positivo invece, dove si osservi la formazione storica del diritto, noi abbiamo da esaminare simultaneamente gli istituti, le loro correlazioni, i loro collegamenti e svolgimenti non quali noi li immaginiamo, ma quali in verità sono. L'unione dei principî e delle singole dottrine non deve essere soltanto logica, ma storicamente logica. Tutti i rapporti umani

(1) Egregiamente ha intuito ciò l'Orlando, *Arch. giur.*, XLIII, p. 116-117.

(2) Orlando, loc. cit., p. 117. Un'applicazione del sistema che prende a fondamento il rapporto giuridico ci è offerta ora dal prof. Romano nelle sue pregiate *Istituz. di diritto ammin.* Di questo tentativo sistematico parla il Presutti nell'*Arch. di diritto pubblico,* I, p. 309 e seg.

(che son sempre tali sebbèn divenuti giuridici) si intrecciano perennemente al gran lavoro della vita ed operano con scambievole efficacia inducente mutue modificazioni. Nel sistema gl' istituti giuridici non sono soltanto parti, ma membri ed elementi; la vita armonicamente complessa si riflette in un organismo giuridico esistente prima di ogni nostra speculazione, completo nella sua unità: un sistema che diremo *sostanziale* o *intimo*. Questo è diverso secondo i diversi diritti e dipende dal carattere di ciascun popolo e dal grado di civiltà in cui lo esaminiamo. Così, ad esempio, nel primitivo diritto romano tutte le facoltà del *paterfamilias* si comprendono nella *manus*, ossia in una sconfinata proprietà, dove poi si distingueranno, affinandosi il diritto stesso, in istituti diversi, di famiglia, di proprietà, di obbligazioni componenti un ben diverso sistema. Ad un certo momento il contratto di enfiteusi oscillerà fra la vendita e la locazione; poi assumerà aspetto proprio innestandosi sul tronco dei contratti consensuali. L'imposta fondiaria rappresenterà in un certo tempo, nel sistema giuridico, la proprietà dello Stato sul suolo soggetto a tributo; poi assumerà un aspetto fiscale ed economico. Oggi le società cooperative si sono disviluppate dalle associazioni in partecipazione nel cui stampo si costringevano. Domani forse il diritto del conduttore si farà reale. Ormai l'obbligo del risarcimento del danno si concepisce indipendente da colpa; muta quindi l'intima relazione schematica fra colpa e danno. Il mandato, che nel sistema intimo romano, appariva gratuito, oggi si concepisce di regola come contratto oneroso. E mille altri esempi sarebbero facili. Il giureconsulto, penetrando nel midollo di un diritto, ravvisa il

Il sistema formale è frutto della scienza: non si confonda la logica delle leggi con la logica della scienza (1). Che quella possa coincidere subito con questa è pregiudizio in parte benefico, in parte dannoso alla civil società. Vi è nell'uomo, come nel consorzio umano una transitoria, ma costante incoerenza logica, che unisce in strano contrasto il vecchio al nuovo. Si crede da molti che le leggi debbano essere promulgate dallo Stato con una regolarità simile a quella di una macchina e che s'incastrino tosto come rotelle e congegni parziali nel grande congegno della legislazione, senza urti e contrasti. E così risuscitiamo, sotto altro aspetto, quel legislatore sapiente e onnipotente, che fu un'illusione dei filosofi del secolo decimottavo. Grandi e complete codificazioni son naturali dopo forti mutazioni politiche dei popoli (§ 39); ed anche in esse l'ordinamento logico, già lo vedemmo, può arrestarsi a quel gradino che la scienza ha il dovere di salire. Quando i codici sono in vigore e invecchiano, non avendo noi un magistrato come il pretore romano *viva vox iuris*, perchè fornito del potere di correggere e completare il diritto, siam costretti a ricorrere, come oggi appunto, a leggi speciali, di cui ciascuna è uno strappo al codice. Così è violata la logica: *per legem specialem generali non derogatur*. Ma che perciò? Forse dovremo rinunciare a correggere vecchi instituti e invecchiati principi o a provvedere a qualche urgente bisogno perchè veniamo a contrastare ai codici? Tanto varrebbe sopprimere anche i tribu-

---

(1) Cfr. la mia memoria con questo titolo nella *Rivista ita. di sociol.*, V, 1901, p. 164 e seg.

nali che ogni giorno sfigurano il codice, sia pure per il buon fine di completarlo e ammodernarlo. Ciò che diciamo complessivamente diritto di un popolo si forma, nella fase più operosa, come legge o consuetudine attraverso una serie di massime e dottrine sovente contraddittorie. Chi studia il modo come si è formato il diritto romano, vede un continuo cozzo di tendenze diverse, un dualismo di instituti, uno sfasciarsi di antichi principî in leggi nuove, e dal caos emergere un' unificazione sistematica. Non c'incatena ivi tanto la pretesa logica del sistema costruito *a priori*, quanto piuttosto la logica delle demolizioni e il coordinamento logico delle nuove costruzioni. E tutta la storia della giurisprudenza italiana fa prova di questa pugna di svariate leggi e tendenze. Quando cominciarono a fiorire i nostri gloriosi Studî, il primo periodo fu di raccoglimento sui testi romani, non però senza piegarli di già ai nuovi tempi. Poi quest'adattamento si fece regola; ma il legista sapeva che contro al principio generale romano era una norma speciale dello statuto civico o una norma del diritto canonico. Qua e là una legge feudale si opponeva alla romana. Quei maestri famosi si muovono sicuri fra le contraddizioni e le antitesi, e a poco a poco le dominano; dal vario esce fuori l'uno; dalle singole giurisprudenze, romana, canonica, statutaria, feudale, la giurisprudenza italiana, madre dei codici odierni. La scienza deve appunto combinare in sistema quanto nelle leggi si è maturato; fra le antitesi salirà alla sintesi, rinnovando via via l'alfabeto giuridico con l'accogliere anche, se è opportuno, nuove lettere. Perchè dunque oggi pure il diritto non si dovrebbe svolgere, come in passato, fra leggi momentaneamente in contrasto?

Le assemblee legislative non giovano per rapide mutazioni totali di una legislazione; il celere moto odierno della società civile, il cresciuto senso di fratellanza sociale spingono d'altra parte a frequenti ritocchi parziali. È anche vero che noi abbiamo ormai un santo orrore del sangue; e ci affidiamo a leggi speciali, principalmente per impedire temibili rivolte di coloro che soffrono. Certamente si può così ricadere nell'empirismo dei provvedimenti sociali; ma è anche vero che quanto si attua constituisce un fatto e un esperimento per la scienza che poi combina tutto in sistema. Spetta ad essa e ad essa sola di togliere di mezzo le contraddizioni mostrando che sono apparenti, ovvero rigettando arditamente il principio ormai contraddetto in modo inoppugnabile. Essa può elevare l'eccezione a regola, l'illogico a logico.

Qui pure come in ogni altra cosa facili sono le illusioni. Molte volte il giurista crede che la sua logica riflessiva (niente altro che faticoso schema ideale *a posteriori*) abbia guidato *a priori* coloro che scrivevano le leggi (1). Nè la logica di scienza si sottrae alla relatività storica: le combinazioni logiche producono leggi e codici che altre leggi sovvertono. Quando le nuove combinazioni logiche hanno riordinato il diritto a sistema, già da questo rampollano desiderî di riforme i quali aiutano lo scompaginamento del diritto vigente. Nè si gridi perciò al finimondo! La natura non muta ogni

(1) Bell'esempio è quello dei bizantini. Credevano che i giureconsulti antichi avessero create le naturali figure dei contratti, assegnando poi a ciascuno di essi la conveniente azione, mentre invece la figura logica di un contratto nacque da un'azione concessa per un caso.

giorno nei suoi aspetti? Dolersene o spaventarsene sarebbe follìa. Così noi dobbiamo assistere e partecipare alle mutazioni delle società umane, fatto altrettanto naturale.

Una delle più difficili doti, che si perfeziona col tecnicismo giuridico, è la intuizione del diritto nel fatto, l'applicazione delle norme giuridiche ai casi pratici. Quel che si può imparare attingesi meglio che altrove alla esegesi del diritto romano; in massima parte è conseguenza di un talento naturale assai diverso da quello dello storico e del filosofo. Questi specula volentieri, quegli si sofferma al nascimento, al maturarsi, al trasformarsi degli istituti giuridici. Il vero giurista invece osserva in ogni caso pratico il lato giuridico, il punto di diritto, come suol dirsi. Questo criterio giuridico può esser creatore di nuovi principî indicati in germe dal ripetersi di fatti nuovi; oppure può condurre a nuove applicazioni per analogia di legge o diritto (1). Il giurista, a dir vero, non ha facoltà che di applicare il diritto; ma anche ai dì nostri riesce, sotto questo velame, a formolar nuovi principî tanto più facilmente, quanto più la legge in modo rapido invecchia. Non solo nel diritto privato, ma ovunque distendonsi giuridici rapporti, la retta soluzione delle controversie dipende dal ravvisarne l'aspetto giuridicamente decisivo. Onde può avvenire che due giuristi con eguale convincimento e pari buona fede giungano a soluzioni diverse e che un tribunale contraddica l'altro. Così un singolo giurista può intuire talora meglio che più il punto giuridico della controversia. Fu esa-

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ.*, § 3.

gerazione l'ammettere communes opiniones (1) ciecamente applicabili, e presumere in dolo il giudice che nel singolo caso se ne allontanasse (2).

Non bastano qui i principî generali appresi nella scuola; l'*ius* che il Vico (3) diceva *theticum* il quale si può imparare con beata memoria; ma non si sa applicare. I *doctores*, che per scherno eran detti *regularum* (4), coi loro aforismi generali sono i più disadatti alla retta applicazione del diritto. Il principio e l'istesso istituto giuridico fissato nella legge o nel manuale preferito rappresentano un caso tipico, da cui può facilmente discordare il caso reale che abbiamo sott'occhio. Ben dissero perciò gli antichi: *parva differentia facti inducit magnam differentiam iuris*. Onde lo stesso Vico, con un criterio che neppur si supporrebbe in un filosofo, richiamava alla giusta valutazione dei casi aberranti o *exceptiones* (5).

In questo difficile lavoro di applicazione del diritto come appare futile e dannosa la distinzione fra teoria e pratica, fra giureconsulto teorico e pratico! Quegli che si dice teorico molte volte

(1) Esse furono una necessità già pei giureconsulti del secolo decimosesto come punti di appoggio nel mare magno del diritto non codificato; fecero quasi le veci dei nostri articoli di legge.

(2) Vedi la trattazione dell'argomento in Alciatus, *Aureus praesumpt. tract.*, reg. I, praes. LI.

(3) *De antiquiss. Italor. sap.* (Opp. II), p. 73.

(4) Così li chiama Aless. Turamini, dotto giureconsulto senese del secolo decimosesto, in una sua orazione recitata a Ferrara il 5 novembre 1603. Opp., p. 463, Senis 1770

(5) Loc. cit. Lo Jhering, *Geist. des r. R.*, IV, p. 256 vede nell'eccezione un ampliamento e completamento della legge.

non è che un giureconsulto sbagliato ed il pratico un meschino leguleio. La scienza del diritto scaturì forse un tempo da un semplice sentimento o istinto giuridico, come presso i Romani, o dai dettami di un certo senso comune, come presso gli scabini medioevali. Oggi si è fatta eminentemente riflessiva ed aristocratica perchè esige una lunga educazione, e più ne esigerà per l'avvenire.

Quando un caso pratico passa in giudizio, è necessario presentarlo al giudice non già in un aspetto a sè; ma estendendo il nostro esame a tutto intiero il rapporto giuridico, di cui la speciale controversia è un punto connesso a tutti gli altri. La veduta sintetica dell'intiero rapporto si basa sull'intima connessione scientifica di tutte le speciali massime tradotte in precetti legislativi. « Tale viva composizione del rapporto giuridico in ogni dato caso, ben dice il Savigny (1), è la luce intellettuale della pratica giuridica e distingue il nobile ufficio di questa dal puro meccanismo che molti indotti vi scorgono. » Così appunto il caso è decomposto nei suoi giuridici fattori, come la parola nelle lettere di cui è formata.

Ma la risoluzione di un caso giuridico vuole una tecnica speciale, anche perchè sovente più principî e rapporti giuridici s'intrecciano in esso, ed è

(1) *System*, I, § 4. Lo Jhering (*Geist. des r. R.*, IV, § 39) soggiunge: « La decisione di un caso giuridico è la stessa operazione che il leggere; come qui si cercano, cioè si leggono le lettere di cui risulta la parola e si raggruppa in unità linguistica la somma dei suoni da esse indicati, così cerca il giurista singolarmente i concetti del caso giuridico, li divide uno dopo l'altro, per determinare infine la loro complessiva efficacia ».

necessario perciò che il giurista sappia ravvisare quegli intimi collegamenti, quelle scambievoli influenze fra istituto e istituto che derivano dal sistema intimo del diritto e si rispecchiano nella complessità dei casi giuridici (1). Oggi che il diritto sente vivamente l'efficacia del vincolo di solidarietà sociale fra gli uomini, molti problemi e casi giuridici son da risolvere con più svariati criterî giuridici, sociali ed economici che armonicamente s'intrecciano. Onde la tecnica giuridica si fa più complessa e si diversifica sommamente da una semplice dialettica che si aggiri entro un solo ordine di principî. Quell'incrocio di idee giuridiche, che già il Leibnitz (2) acutamente intuì, si fa più frequente e più complicato.

Adesso noi possiamo meglio ravvisare il legame fra quelle due fasi dell'aspetto del diritto che sono la legge e la scienza.

Le prime leggi furono forse una codificazione di antiche costumanze dei popoli raccolte e formolate da uomini di genio; le odierne scaturirono totalmente, come i codici, da una secolare scientifica trattazione del diritto: gli articoli di esse non si comprendono senza risalire alla loro genesi scientifica (3). Il giurista che ne vuol fare una illuminata

(1) Per es. un contratto di locazione e conduzione innestato sopra una comproprietà resta modificato da questa. La maestria dei Romani anche nel ravvisare questi concreti intrecci di rapporti e instituti giuridici è ben nota. Noi vi giungiamo ora più difficilmente avendo dato soverchio valore pratico a distinzioni teoriche : ad es. a quella di diritto amministrativo rimpetto al diritto civile.

(2) *Diss. de casibus perplexis*, 1666, Opp. Dutens, IV, 3, p. 45-67.

(3) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 2.

esegesi e vuol collegare, come dicemmo, il caso pratico a tutto il rapporto giuridico cui si riferisce, non può attingere certamente quest'arte alle sconnesse norme di un codice, ma a quel sistema che è prodotto della scienza. La vita vera e reale coi suoi intimi collegamenti (essa è la perenne officina del diritto) non si rispecchia per certo in qualche migliaio di articoli divisi in libri e sezioni; ma piuttosto nel profondo ed organico concetto di essa che si può acquistare soltanto mediante indagini storico-filosofiche accompagnate da un criterio giuridico.

La scienza si è già largamente sostituita al codice (§ 39) ed essa prepara le leggi dell'avvenire. Guardiamolo pure con fiducia; e se crediamo che la società civile invecchi o crolli, si ricordi subito che siam noi stessi, fugaci unità sociali, che usciamo via via dalla generazione pensante e operante.

Nelle materie che sol modernamente furono regolate da leggi, la scienza ha l'ufficio (come già fece la giurisprudenza romana pel diritto privato) di collegare queste in un tutto sistematico. Tale è lo sforzo che si può osservare chiaramente ad esempio nel diritto amministrativo, che è creazione odierna. Dove il sistema intimo nè il formale riescono, ciò significa che quel moto di fusione degli elementi simili, di disgiunzione dei dissimili non si è opportunamente verificato ed il nostro intelletto sogna collegamenti che ripugnano alla realtà (1). Eppure appunto nel diritto pubblico la scienza ha un intiero programma da attuare. Il codice di diritto

(1) Cfr. la mia memoria *Amministrazione* (*Scienza dell'*), nell'*Enciclop. giurid. ital.*, edita dalla Società editr. libr., n. 8.

privato è già un sistema che si deve soltanto perfezionare. Con le leggi di diritto pubblico non si approda ancora ad una completa sistematica costruzione. L'esegesi deve esser qui sempre integrata col risalire ai principî, alle norme razionali, alla genesi storica e filosofica dell'istituto. Non si può far certo il diritto costituzionale con un semplice commento dello statuto o la esposizione del diritto comunale con la esegesi della legge positiva (1). In alcuni casi la legge non v'è, e si tratta di interpretare consuetudini costituzionali o trarre conseguenze da principî fondamentali.

E chi mai se non la scienza potrà dare aspetto uniforme a quel caos di massime sovente metafisiche, talora arcaiche, qualche volta contraddittorie che rappresentano gli statuti costituzionali dei nostri tempi? Accettati in mezzo all'entusiasmo, rispettati come l'arca santa, non reggono spesso ad una severa critica e si deve desiderare che, senza urto d'incomposte passioni, giungano ad acquistare quella logica solidità che hanno i codici del diritto privato.

§ 14.

La definizione del diritto.

La parola *diritto* si presta ad essere intesa in vario senso: di legge, di scienza, di facoltà. Inoltre per secolare uso si chiama pur diritto ciò che non ne ha il carattere essenziale (§ 15).

Nelle precedenti analisi (§§ 8-13) il diritto ci è

(1) Cfr. le belle considerazioni dell'Orlando, *Arch. giur.*, XXXVIII, p. 381-82.

apparso soprattutto come una facoltà umana retta a poco a poco da norme a sè e tecnicamente lavorate. Quel concetto di facoltà spicca nel diritto come preminente tanto agli occhi del filosofo, quanto a quelli del popolo. Ma è concetto dei meno semplici, presupponendo, se si guardi a fondo, altri essenziali concetti, ai quali non si può neppure ascrivere un carattere secondario. Così la relazione tra la facoltà dell'individuo e il consorzio sociale; la dipendenza di quella dall'ordinamento o ordine giuridico di questo consorzio. Potremo ben dire il diritto: *la manifestazione e attuazione delle forze naturali dell'uomo in armonia con le forze sociali in mezzo a cui egli vive* (1). A chi ben consideri questa definizione non apparirà nuova. Già l'Alighieri definiva il diritto così: *ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio: quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit* (2). Bellissima definizione filosofica del diritto in cui si chiede un'opportuna proporzione tra le facoltà di un individuo e quelle degli altri.

Al giurista si mostra il diritto nel suo pratico aspetto come una *facoltà o pretesa cui la legge o la consuetudine assicurano un carattere coattivo pel*

(1) Così il diritto è la libertà in senso filosofico, cioè l'esercizio delle facoltà di cui l'uomo è costituito da natura. Cfr. Mill, *On liberty*, London 1859. E quando si ascrive a merito dei filosofi della scuola del diritto naturale di aver detto la libertà facoltà innata dell'uomo e inalienabile, non si deve dimenticare che il testo romano definisce la libertà (come fondamento di ogni diritto o diritto che tutti li abbraccia in potenza): *naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibeatur*, l. 4, pr. D. *de stat. hom.*, 1, 5.

(2) *De Monarchia*, II, 5.

caso che venga disconosciuta. In questa definizione la facoltà presuppone una norma o una serie di norme che ne ingiungono il riconoscimento. L'insieme di queste norme formolate in modo più o meno aperto constituisce ciò che noi diciamo ordine giuridico: intendi, della civil società di cui siamo parte. L'ordine giuridico è constituito di una serie di norme, che si possono ricondurre tutte quante a precetti (1). Le norme si raggruppano secondo le branche del diritto (§ 18). Il riconoscimento del diritto da parte della legge o della consuetudine non avviene caso per caso (come se oggi pure si stabilisse a mo' dei Romani per ogni ius un'actio); ma in via generale (2). Secondo il nostro ordine giuridico, quale trionfò con la rivoluzione francese, s'intende concesso all'individuo quanto non gli è vietato. Qui ha grande importanza la maggiore o minor determinazione positiva della pretesa che diciamo diritto; determinazione che è opera di scienza (3), più che di legge. Come in ultima analisi, se non vi sono legali divieti di far valere una pretesa, spetta alla giurisprudenza di definire se vi è un fondamento giuridico ed un sufficiente interesse per agire in giudizio (4). Il nostro ordine giuridico non è un puro elenco di

(1) Questa riconduzione così bene fatta dal Thon, *Rechtsnorm und subiect. Recht*, Weimar 1878, spec. p. 292 e seg., 345, era già chiara al pensiero del Romagnosi, *Ass. primo della sc. del dir. nat.*, § XXIX. Buon riassunto della questione in Del Vecchio, *Il conc. del diritto*, Bologna 1906, p. 78 e seg.

(2) Mortara, *Man. di proced.*, I, n. 13.

(3) Si cfr. l'analisi del Ravà, *I dir. sulla propria pers.*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, XXXI, 1901, p. 63 e seg.

(4) Art. 36, 134, n. 2 cod. di proc.

azioni giudiziarie, nè è del tutto chiuso in massime già preste nella legge e nella consuetudine.

È usuale chiamar diritto subiettivo la *facultas agendi*, diritto obiettivo la *norma agendi*; ma alla distinzione non si deve ascrivere un necessario carattere di antitesi. Diritto subiettivo e obiettivo son due lati d'uno stesso concetto. Tra la norma che esprime e regola una successione di fatti e i fatti stessi non è concepibile logicamente un'antitesi; la *norma agendi* deve avere una virtù di mutazione all'unisono con la *facultas agendi*. I Romani (1) ben giudicarono viziosa e omai senza scopo (*perdit officium suum*) la norma la quale non risponde più alla realtà delle cose; ed ebbero infatti un ordinamento politico in cui, mediante l'*imperium* del pretore, la *norma agendi* potè correr parallela alla *facultas agendi*. Purtroppo nei nostri ordinamenti ciò non sempre avviene (cfr. § 15); onde la possibilità di antitesi fra la *norma agendi* e qualche facoltà che l'individuo ritiene a sè necessaria. Ma si ha qui sempre un desiderio, un'aspirazione (§ 15), non una *facultas agendi*, un diritto nel senso tecnico, mancando tuttora la completa formazione del fenomeno giuridico (§ 9). Quell'aspirazione dell'individuo è sancita infatti dalla coscienza umana; ma non ancora dal potere (2). Niun dubbio pertanto che un diritto subiettivo presuppone il diritto obiettivo il quale gli dà forma e garanzia. Di ciò non si sarebbe mai discusso se non si fosse da secoli dato alle aspirazioni dell'u-

(1) L. 1 D. *de R. I.*, 50, 17.

(2) Uso il linguaggio del Falchi, *La concez. posit. del dir.*, in *Riv. di filosof. e scienze aff.*, vol. XII, 1905, p. 52.

mana coscienza il nome di diritto naturale. Tanto poco esse sono diritto che spesso si affermano come violazione di norme precedenti (1). Ma l'equivoco dei metafisici è di prendere il *diritto obiettivo* come un termine anche sostanzialmente primordiale; esso riconosce invece e determina facoltà umane (2), che sono il vero fondamento del diritto. Appena quelle facoltà o pretese di un soggetto son riconosciute da leggi o da consuetudini acquistano, come essenziale carattere del diritto, la coattività o possibilità di esser fatte valere anche se altri le disconosca. Le consuetudini sono, al pari della legge, norme giuridiche sancite *rebus ipsis et factis* (3) dalla volontà sociale. La lotta fra il diritto formolato in legge e la consuetudine (§ 12) ha fatto trionfar quella in certe branche del diritto, come il civile (4), lasciando aperto l'adito a questa in altre, come nel diritto commerciale e in specie nel diritto pubblico (§ 22). Nella nostra definizione del diritto non si tien conto di

---

(1) Giusta osservazione del Falchi, loco cit.

(2) A me sembra che qui con le dottrine autorevolmente sostenute dallo Jellinek si finisca col ridurre la personalità umana soggetta al diritto obiettivo ad un arbitrario *status subiectionis*. Giusta è la misura serbata dal Del Vecchio, *Il conc. del dir.*, p. 93-94: « le norme giuridiche non creano, ma trovano naturalmente costituite le attività dei soggetti... Una norma che affermasse semplicemente l'esistenza di sì fatte possibilità naturali non avrebbe significato giuridico, anzi non sarebbe affatto una norma ». Dottrina cui tanto più volontieri aderisco, quanto più vedo così possibile che la norma concilii l'interesse individuale col sociale (§ 10).

(3) L. 32, § 1, D. *de legib.*, 1, 3.

(4) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ.*, § 8.

un'altra grandissima fonte di giuridiche pretese che è il contratto. Infatti quest'accordo tra le parti contraenti è equiparato ad una legge; nè ogni convenzione è così valida senza limiti da potersi dire che il contratto sia fonte di diritti come la legge e la consuetudine. Soltanto quegli accordi delle umane volontà sono giuridicamente contratti, i quali hanno tutti i requisiti voluti dalla legge. Onde in sostanza questa dà giuridica efficacia alla dichiarazione di volontà constitutiva del contratto. Lo stesso si può ripetere per le pretese fondate su testamenti. L'atto giuridico non è mai rilasciato al puro arbitrio del suo autore (1).

La coazione che lo Stato promette a garanzia del diritto (§ 10) non consiste soltanto in un materiale costringimento a riconoscere certe pretese altrui o a ceder cose che altri ha ragione di pretendere. La persuasione della necessità del diritto come fattore della civil società e la sicurezza che in ben ordinato reggimento politico la possibilità della coazione non manca constituiscono già di per sè una garanzia del diritto. Si potrebbe anche concepire una società civile sì perfetta, o che tanto vivamente sentisse l'efficacia di sanzioni diverse dalla giuridica (§ 10), da non dar luogo mai ad invocare la materiale coazione a tutela di un diritto. Ma anche in questo caso la coattività resterebbe una logica presupposizione del concetto di diritto (2). Altrimenti bisogna sostenere senz'altro

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ.*, §§ 18, 58, 94.

(2) Si vegga come questa e altre questioni di filosofia del diritto o di dottrina generale del diritto siano state discusse nella cerchia dei romanisti tedeschi nel secolo testè tramontato. Ce ne offrono un bel saggio i dotti

che una società civile può ormai fare a meno del diritto. Dire che, risalendo dal basso in alto alla somma autorità dello Stato, vi può essere un punto in cui si arresta la possibilità di costringere l'autorità stessa da cui parte il supremo comando, è far l'ipotesi non di un diritto senza coazione; ma di una negazione del concetto del diritto, tanto più in antitesi con questo, quanto più l'odierno Stato vuole essere uno *Stato di diritto* (§ 10). Se accadesse uno di questi casi, si dovrebbe porre fra quelli in cui eccezionalmente la coattività a servigio del diritto non ha prodotto il suo effetto utile. La nemesi sociale sarebbe in quel caso un predisporre alla rivoluzione.

Certamente la coazione ha forme diverse, nè tutte così perfette come quella che è normale nel diritto privato (1), ridotta a torto unico tipo per efficacia dei puri giuristi. Può darsi che consista in un ordine all'autorità; in un dovere di questa,

---

traduttori del Windscheid, *Il dir. delle Pand.*, I, 1, p. 540 e seg. Il Korkounov (*Cours de théorie gén. du droit*, trad. Tchnerneff, Paris 1903, p. 103) nega che il concetto di coazione (ammesso da lui, direm così, in una specie di ragion pratica) resista ad un'analisi critica del diritto. Mantenendo l'opinione contraria, io posso ora rimandare anche alla persuasiva trattazione del Del Vecchio, *Il conc. del dir.*, p. 111 e seg.

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 28 e seg. Quando lo Jellinek (*System der subiekt. öf. Rechte*, 2.ª ed., Tübing. 1905, p. 350) dice che la dottrina la quale identifica norma giuridica con norma coattiva confonde coazione con garanzia, io posso aderire a lui. Ma la garanzia delle pretese di diritto pubblico che egli stesso ammette sono una specie della coattività. Anche il Korkounov (loco cit.) disconosce questo genere di coattività.

come talora nel diritto pubblico (§ 22). Dove la coattività di un diritto manca o è incompleta, esso non è che in formazione (§ 27).

Il tecnicismo giuridico o, secondo alcuni, la dottrina generale del diritto determina chi può esser soggetto di un diritto (se persona fisica e anche ideale, se si ammette un diritto senza soggetto, ecc.) e che cosa s'intende per oggetto del diritto (corporale, incorporale, ecc.).

§ 15.

Il diritto latente e in formazione.

I giuristi cercano nella norma la formola del diritto subiettivo; ma non debbono mai dimenticare le difficoltà che si oppongono a tradurre in legge le consuetudini del popolo e le sue aspirazioni anelanti a divenir norme coattive. È difficile è fissare in una formola adatta il precetto legale (§ 12). Una legge può aver detto meno di quanto doveva: il pensiero esservi quasi ellitticamente espresso. È bellissima l'osservazione dello Jhering (1) che a quella guisa che dai primi tentativi plastici di un popolo sarebbe erroneo dire che uomini e animali eran veduti allora così come appaiono in quelle imperfette riproduzioni, del pari ingiustificata sarebbe l'asserzione che le prime norme giuridiche di un popolo sono una fedele immagine del suo diritto. Lo stesso in maggiore o minor misura si può ripetere di ogni legislazione; il vero giureconsulto deve tener conto anche di questo diritto che si può dir latente, perchè non

(1) *Geist. des röm. Rechts*, I, p. 25.

fu riprodotto in modo completo nella legge e vi è chiuso come in potenza. Egli si giova qui dei suoi metodi di interpretazione (1) per trarre fuori l'intimo significato della legge e determinar meglio il nostro ordine giuridico (§ 14); ma ha torto di mutarsi quasi in legislatore volendo adattare vecchie formole di legge a nuove aspirazioni rampollanti da nuovi bisogni (§ 39).

Il vero è che al diritto attuato corre parallelamente, sebbene non con eguale intensità ed efficacia, un diritto in formazione. Il problema del diritto naturale e del diritto positivo (mal posto in questi termini di antitesi fra ciò che è naturale e ciò che naturale non sembra (§ 8)), non deve sfuggire al positivista. Egli è anzi condotto ad ammettere lo schema ideale di un diritto diverso dal positivo e parallelo a questo, senza che mai pienamente si confondano. La scuola storica (§§ 5, 17) si affermò come una recisa negazione del diritto naturale del secolo XVIII; eppure, ammettendo che la coscienza popolare, fonte del diritto, è in continuo movimento, insegnava che ad ogni istante si matura nuovo diritto (2). Ne-

(1) A torto il Bergbohm (*Jurispr. und Rechtsphil.*, I, Leipzig 1892, p. 323, n. 26) mi pone per questo *diritto latente* fra i seguaci del diritto naturale. Mi sembra di avere ora chiaramente spiegato che cosa intendo per diritto latente e in formazione. Cfr. già Levi, *Per un prog. di filos. del dir.*, p. 124 e seg.

(2) È acuta l'osservazione del Petrone (*Contrib. all'analisi dei caratt. diff. del diritto*, nella *Riv. it. per le sc. giur.*, XXIII, 1897, p. 371) che la scuola storica « segnò i primi passi sulla via dell'oggettivazione » del diritto naturale. Ciò combina, salvo il dissenso sul significato di quella scuola, con quanto io osservo sopra (p. 49) in questa come nelle precedenti edizioni del mio libretto.

gare un diritto potenziale sembra omai disconoscere l'indole propria della psiche umana (1). Già vedemmo come in questa abbia il diritto il suo natural fondamento (§ 8). Qual'è dunque il piano attuabile che la psiche suggerisce all'uomo nel consorzio necessario coi suoi simili?

La domanda così fatta non è che una illusione metafisica poichè presuppone una risposta unica, mentre invece noi possiamo soltanto età per età, vedere il grado cui quella psiche è sorta (2). Le forme di convivenza, l'arte, la morale, la religione, il diritto sono altrettanti lati di attuazione del piano di quella psiche (3); e ognuno sa come tutto ciò varii da luogo a luogo, da età a età. Ma la psiche ha così, sia pur diversamente nei diversi periodi, attuato tutto quanto il suo piano? I me-

---

(1) Cfr. per questa tendenza in Germania, J. Stern, *Rechtsphil. und Rechtswiss.*, Berlin 1904, e già per gli insegnamenti dell'Ardigò, Levi *Il dir. nat. nella filos. di R. Ardigò*, nel volume *In memoria di Oddone Ravenna*, Padova 1904, p. 172.

(2) Cfr. Ardigò, *Op. filosof.*, IX, p. 349.

(3) In sostanza anche il Petrone (*La storia int. e il problema pres. della filosof. del dir.*, Modena 1898, p. 72) insegna che la « società giuridica ideale è circoscritta dai limiti delle nostre storiche esperienze ». Per credere che la giustizia non si esaurisce nelle forme storiche di instituti e di ordinamenti sociali non v'è bisogno del concetto di una giustizia assoluta. Le attitudini stesse della psiche umana e la eredità del pensiero sociale accumulato e lavorato spiegano i tipi ideali di essa, come si spiegano press'a poco allo stesso modo le chimere, le sirene, i mostri dei poeti: reminiscenza e combinazione propria di cose vedute o in altro modo note. Cfr. la mia memoria, *L'opera di R. Ardigò nella filosof. del dir.*, in *Atti R. Istit. Ven.*, t. IX, s. 7.ª, 1897-98, p. 357 e seg.

tafisici dicono che le varietà e mutazioni non distruggono certi concetti fondamentali del viver sociale e che gl' instituti civili non sono che una progressiva attuazione, pur sempre incompleta, di quei concetti. Quanto a quella identità di concetti aspetteremo che ce la dimostrino: per ora non ci sono riusciti. Quanto all'attuazione progressiva, o per lo meno incompleta, di un piano che lascia nella psiche umana continuamente dei residui ideali, il positivista l'ammette, non per concessione agli avversarii, ma per propria convinzione. Quando incominciano i primi albori di una giurisprudenza, ossia di un sistema di regole che si vogliono fornite di coazione, già la difficoltà dell'opera impedisce di fare tutto quello che si vorrebbe. Una parte di ciò che vide la psiche stessa degli uomini primitivi non ha attuazione corrispondente. Qui nondimeno il difetto sta piuttosto nel tecnicismo della riproduzione. Nelle linee fondamentali del programma il contrasto primitivo fra la giustizia attuata e l'attuabile non può esser grande. Perchè si abbia un forte disaccordo è necessario supporre una psiche umana molto progredita, e dove sia avvenuta una multiforme combinazione delle sensazioni elementari sino a quella massima formazione psichica che è l'idealità sociale. I metafisici e i neo-metafisici credono di ferirci dicendo che certi concetti sono comuni a tutti i popoli (non uccidere, non commettere adulterio, ecc.); ma cadono in un equivoco. Prima di tutto noi non vediamo che un determinato momento storico: tutto ciò che è preistorico o esastorico non si presta che a congetture. Per lo meno varranno allora tanto le nostre quanto quelle degli avversari. La genealogia delle idee umane è impossibile a farsi sino a la

legge di Hammurabi è antica quanto si asserisce, il lavoro di preparazione mentale, che deve averla preceduta, secondo i nostri usuali calcoli, sarebbe lunghissimo. E l'asserita uniformità di concetti fondamentali comuni a ogni popolo non sembra guadagnar molto da serie ricerche di giurisprudenza comparata (1).

In sostanza noi dobbiamo prender nota di un fatto importantissimo. I paladini del diritto naturale parlano volentieri di un concetto assoluto di giustizia cui gli uomini aspirano, di una innata idea di diritto superiore al positivo. Quando poi vengono a determinazioni concrete, la relatività fra l'attuato e l'attuabile (non nel senso giustamente escluso dall'Ardigò (2) di attuazione incompleta di un tipo unico astratto e formato *a priori*, ma di riferimento ad un tempo e un luogo) balza fuori evidente. Non tutti lo confessano; ma basta prendere le loro storie del diritto naturale per vedere come esso assume propria figura in un determinato tempo e in un determinato luogo per agire poi anche fuor del centro nativo, sì che il diritto naturale è anch'esso un fatto storico e relativo a tempi e luoghi (3). Nè bisogna confondere insieme tutti i fattori di quello: ad es. le religioni con la

(1) Per es. parecchi popoli pensarono e alcuni pensano tuttora che il matrimonio sia qualche cosa di contrario alla natura e d'illecito. Post, *Giuris. etnolog.*, vers. Bonfante e Longo, p. 17.

(2) *Opere filosof.*, IV, p. 230 e seg.

(3) Ü diritto storico, come lo disse il Lassalle, *System der erworben. Rechte*, I, p. 59. Ormai quest'idea ha guadagnato terreno e si riflette anche sull'origine del concetto di diritti innati. Lotmar, *Vom Rechte das mit uns gebor. ist*, Bern 1893. In genere sull'odierno aspetto del diritto

speculazione filosofica e razionalistica. Grande è la virtù ricettiva e assimilatrice della psiche umana. Le religioni l'arricchiscono alle origini di energie nuove, di aspirazioni, di avversioni. Così il piano ideale della psiche si allarga, e comincia a costituirsi una riserva di idealità spesso contrastanti col diritto positivo. Queste idealità una volta sorte non si perdono più: passano da una generazione all'altra e in questa si prestano a nuove combinazioni psichiche. Se poi altre voci, come quelle di filosofi razionalisti, minano le prime idealità religiose, dallo scompaginarsi di queste sorgono nuove formazioni che non di rado si combinano con le prime in modo anche illogico (1). E si può dire che l'uomo del secolo XX, almeno nei paesi più colti, ha formato la sua psiche di tanti strati ideali racchiudenti i detriti dei più svariati mutamenti della civile società. E ci verrete proprio a dire che l'uomo ha in sè un ideale innato di giustizia? Bisogna che prima ci facciate credere al carattere innato del senso comune di un europeo del secolo nostro! Ci dovreste piuttosto mostrare quel senso innato di diritto, quel lucente tipo assoluto di giustizia nell' uomo primitivo. Questo aspettiamo. Nell' età storica, e più che mai nella nostra, il problema del così detto diritto naturale non è che un problema di analisi della psiche quale il tempo l'ha fatta in noi (2). E proprio oggi

---

naturale, cfr. L. von Savigny, *Das Naturrechtsproblem und die Meth. sein. Lös.*, in *Jbuch für Gesetzg. Verw.*, XXX, 1901, p. 407-437; Saleilles, *École histor. et droit natur.*, nella *Rev. trimestr. de droit civ.*, 1902, p. 80-112.

(1) Ardigò, *Op. filosof.*, I, p. 17 e seg., § 3, p. 430-447.

(2) Per la eredità del pensiero accumulato e lavorato abbiamo un « sistema d'idee » che abbraccia tutte le relazioni della vita. Ardigò, *Op. filosof.*, I, p. 19.

che qualcheduno nega il valore della coscienza popolare, essa, o bene o male, si è armata di un piano o programma totalmente acquisito che costituisce un formidabile diritto potenziale. Di grazia, perchè questo piano non è quello dei rivoluzionari del 1789? E perchè il piano dell'89 non fu quello della rivoluzione inglese? E il piano dell'età nostra è forse quello dell'89? Di comune non resta sempre che l'attuazione di un programma che meglio si crede corrispondere ai bisogni di ciascuna età. La giustizia attuata nelle leggi con tanto sforzo appare un'ingiustizia ai posteri, che guardano indietro. I nepoti non possono dir bene degli avi: eppure li compatiscono. Come è filosofico questo compatimento, il quale cela la convinzione che la psiche degli avi non potè vedere ciò che vede la nostra! Anzi neppur prevedere, poichè gli stessi individui dotati di maggior energia psichica non giungono mai a colpire le linee tutte quante del futuro edifizio. Si pensi che precursori, come il Moro e il Rousseau, non intravidero neppure la odierna libertà di critica degli atti dei governanti! E, peggio ancora, che niun filosofo dell'antichità intravide la sicura possibilità dell'abolizione della schiavitù! Non si può infatti avere *a priori*, giova ripeterlo (cfr. sopra p. 62), una rappresentazione grafica dei fenomeni e un archetipo della loro successione. Ben fa chi confessa apertamente (1) che risalire alla natura dell' uomo niente giova « allo scopo di prendere da essa una norma aprioristica per il diritto, ossia per un diritto razionale; qui veramente la natura non è la fonte. Ma una tale norma aprioristica può ben essere presa dall'es-

(1) Stern, op. cit., n. 14-15.

senza dell' uomo che ora vive, cioè dalle qualità delle sue odierne attitudini psichiche. Quest'essenza si è appunto svolta geneticamente a poco a poco nel corso di molti secoli sulla base prima dell'originario fondamento di natura, ed è stata successivamente ereditata dal singolo individuo ».
Noi dobbiamo considerare le attitudini psichiche dell'uomo odierno, l'educazione sociale della psiche umana, in cui alle facoltà primigenite si uniscono le acquisite che spiegano il disegno ideale di un diritto diverso dal positivo.

Dobbiamo considerare la ricchezza di idee della psiche odierna dell' uomo come un fatto storico lentamente e largamente preparato (1); il corredo di tipi ideali di civili società (astratti da quelli già attuati nell'istoria) di cui ormai la psiche stessa è fornita (2); il confluire di correnti del pensiero da ogni parte, sì da acclimatarsi in un luogo diverso dal nativo e constituire così una nuova formazione naturale (3). La psiche umana sempre apparve incontentabile (come ai fisiologi la sensazione) e sentì sempre l'impossibilità di attuare il suo piano (4); oggi ne ha uno sì vario e complesso dinanzi, che più si cruccia di non poterlo attuare. La persuasione del disaccordo fra il tipo ideale di giustizia e il reale è tanto più estesa ed efficace, quanto più diffusa è fra tutti la libertà di discutere fatti ed idee e di diffonderne di nuove. Siamo tuttora soliti di credere che il XVIII fosse il secolo di maggior discussione del diritto positivo;

(1) Ardigò, *Op. filos.*, I, p. 17 e seg.; III, p. 439 e seg.
(2) Ardigò, op. cit., IV, p. 230-231.
(3) Ardigò, op. cit., II, p. 71 e seg.
(4) Ardigò, op. cit., IV, p. 229 e seg.

ma allora discutevano e criticavano soltanto i filosofi, oggi tutti. Il diritto naturale del secolo XVIII fu eminentemente aristocratico e si esaurì soprattutto in una critica del diritto romano. Il nostro diritto naturale è democratico e sociale: vuol distruggere e ricostruire subito: attacca non pure i codici, ma ogni istituzione che gli si opponga. La odierna logica sociale (sebben guidata in alto, come sempre, da un'oligarchia d'uomini d'ingegno, è non di rado un complesso di cose illogiche; e attende ancora chi la esamini da quest'aspetto, meno bello forse di quello da cui l'esaminò aristocraticamente il Tarde: ma più efficace. Il diritto in formazione o potenziale non è pertanto che un fenomeno corrispondente alla natura della psiche umana e proporzionale alla ricchezza delle idee di cui si è potuta fornire. È un piano da attuare senza possibilità di attuarlo tutto; ma con l'illusione di poterlo attuare. La parte che a grado a grado si attua corre tutta la faticosa via che divide la norma puramente morale dalla norma coattiva che si fa diritto (§ 9); appunto in quest'ascensione si avvicina alla meta quanto più l'idea di un nuovo diritto perde il suo carattere individuale per divenire un' « ideologia sociale » (1). Così, mentre il giureconsulto è ammonito di considerare questo diritto in continua formazione non si può dire in alcun modo che ammetta un « dualismo giuridico » (2). Non vi sono due termini: l'unico e

---

(1) Prendo la bella frase (salvo il dissenso sulla formazione di quest'idea) dal Petrone, loco cit., nella *Riv. it. sc. giur.*, XXIII, 1897, p. 369.

(2) Rimproverata giustamente dal Bergbohm, op. cit., p. 367 e seg. a chi contrappone come due veri diritti il positivo e il naturale.

vero diritto è il positivo; l'altro, che pur dicono diritto, non offre che aspirazioni. Può darsi che abbiano qualche efficacia nell'interpretazione del diritto (1); ma è sempre un'efficacia indiretta.

Queste aspirazioni variano, come dicemmo, di età in età: altra riprova che il diritto naturale è relativo al desiderato adattamento di ogni consorzio sociale alle condizioni che la realtà delle cose gli prepara. Le aspirazioni a un nuovo diritto che oggi più saltano agli occhi son quelle che risguardano le relazioni fra capitalisti ed operai; queste poi alla lor volta rientrano nel nobile programma di una maggior protezione degli umili e di un innalzamento del quarto stato a dignità di classe sociale. Ma anche tutto il diritto privato è mosso da desideri di riformare i tradizionali istituti (§ 19). Così il diritto pubblico in specie per i grandi problemi nascenti da una mutata idea dello Stato (§ 22). E bella è pur l'opera, da secoli continuata con ardore, per convertire a grado a grado in vero diritto il diritto naturale delle nazioni (§ 27).

Per non trascurare questo diritto che quotidianamente si forma, è necessario sottoporre ad una analisi continua la società civile e lo Stato, senza trascurare le scienze che studiano i còmpiti di questo. Certamente per chi segue la teoria che allo Stato spetta soltanto la tutela del diritto e la difesa contro gl'interni ed esterni nemici, e lo rende così inerte, è inutile studiare se e in quanto quel diritto possa completamente formarsi e la vaga aspirazione tramutarsi in norma giuridica. Ma il concetto d'uno Stato inerte è ormai tra-

(1) Sforzando soprattutto gli articoli invecchiati dei codici per far dire ad essi ciò che non vollero dire.

montato. Chè, anzi se vi è un socialismo nemico allo Stato, più volgare che seriamente scientifico, il quale guarda soltanto all'immediata, precipitata e dannosa, perchè fallace, soddisfazione dei bisogni popolari, vi è pure un socialismo scientifico, che è ormai patrimonio acquisito alla giurisprudenza, il quale chiama lo Stato di continuo a rinnovare la tradizionale compagine del diritto con un equo riconoscimento delle nuove aspirazioni (1).

Si potrebbe qui sollevare un'interessante questione di metodo nell'insegnamento della giurisprudenza. L'abbondanza dei corsi storici nella Facoltà giuridica renderà meno propenso l'intelletto dello studioso ad intendere il nuovo diritto che tuttodì si svolge, e farà germogliare in lui soverchio cumulo di tradizioni che si opporranno ad accogliere ogni novità, anche utile? Particolarmente si è accusato il diritto romano di esercitare una tale influenza dannosa sui suoi cultori, denunciati sovente come intelletti chiusi ad ogni idea di rinnovamento del diritto. Ma in ciò sta un grande equivoco. Lo studio della storia in genere, come di quella del diritto che ne è un lato, ove sia condotto con scientifici criterî, non può che ravvivare nei suoi cultori il sentimento della evoluzione degli istituti giuridici parallelo alla evoluzione sociale. Fraintende la storia chi si chiude in un feticismo delle forme e degli istituti di un'età e converte le une e gli altri in tipi stabili: si torna così ad una metafisica, che io direi del passato.

(1) Dal più al meno (e talora anche con errori) tutti gli Stati sentono l'efficacia di questo socialismo. Per l'America cfr. Herr, *Der Zusamm. der Wirtschaftfr. und der Sieg des Staatssozial. in den. ver. St. von Amer.*, Jena 1906.

Quanto al diritto romano sono assai lontani quei tempi che il giurista vi ravvisava la immutabile legge di Giustiniano e dei suoi pretesi successori: gl'imperatori tedeschi. Ognuno sa che il diritto romano è il risultato di una continua evoluzione; è una scena ove perennemente le antiche figure giuridiche si ringiovaniscono e mutano aspetto, senza soluzione di continuità. L'odierno romanista ha vivo questo senso storico e vede nel diritto romano una storia in azione.

E anche il diritto romano che dal medio evo in poi, con proporzione sempre più vasta, è passato nella vita odierna, rappresenta una evoluzione, un adattamento, un'altra produzione giuridica che ha creato nuove utilità nei principî romani, come la produzione economica non creatrice di cose, ma di nuove utilità in esse. Il romanista non può che accogliere di buon grado i nuovi istituti i quali si addentellano agli antichi e le novelle figure giuridiche in cui si tramutano le precedenti, poichè per lui lo studio del diritto romano è insieme un'educazione scientifica e politica (1). Tutt'al più egli ricorderà saggiamente la massima: *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet* (2).

---

(1) Cfr. le mie memorie, *La riforma della nostra legislazione civile*, nell'*Antologia giurid.*, III, pag. 181-208 *I roman. e le riforme del dir. civ.* nel period. *La scienza del dir. priv.*, I, 1893, pag. 86-92.

(2) L. 2, D. *de const.*, 1, 4.

CAPITOLO IV.

La Giurisprudenza

---

§ 16.

La definizione romana.

Nella definizione romana da secoli ripetuta si dice: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (1). Questa definizione è filosofica e pregevole, specialmente se la consideriamo nel suo tempo e nel suo scopo di segnalare il carattere scientifico della giurisprudenza (2); ma non possiamo più accettarla. Nella prima parte di essa è detto: *d··narum rerum notitia.* Ora noi non possiamo ammettere come parte della giurisprudenza la conoscenza delle cose divine; la quale è disgiunta non pure dalla giurisprudenza, ma dalla ricerca positiva che esclude le cause finali. Ormai i principî religiosi sono affatto separati dai giuridici. La capacità giuridica è indipendente dalla confessione religiosa, il matrimonio civile è un contratto distinto dal sacramento, ecc. Sarebbe un vero

---

(1) L. 10, § 2, D. *de iust. et iur.*, 1, 1; § 1, I. *de iust et iur.*, 1, 1.

(2) L. 1, § 1 D. *de iust. et iur.*, 1, 1: *veram, — nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

arcaismo accettare quindi in tutti i lati la definizione romana. Anzi ai tempi stessi in cui sorse era di già arcaica, sebbene il giureconsulto in Roma studiasse pure l'*ius sacrum* come ramo della giurisprudenza. Nè, comprendendo noi nei corsi giuridici il diritto canonico (§ 28), possiamo dire di studiare la *res divinae*, obietto piuttosto della teologia.

Accettabile è invece l'altra parte della definizione *humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, la quale è confacente alle idee nostre sulla giurisprudenza. Oggi infatti tutte quante le scienze morali hanno ripreso vigore mediante l'osservazione dei fatti (§ 4). Noi dovremmo anzi cercare di trasfondere in noi quel sentimento che era proprio dei Romani, e che conserverà sempre il diritto romano vicino alla vita moderna se anche non abbia più forza alcuna di legge. Come nella vastità dell'impero e nello spirito di conquista, così nel concetto del diritto ricordano i Romani ai dì nostri gl'Inglesi, il cui diritto, come tipo singolare, meriterebbe di esser maggiormente conosciuto (1). Essi hanno la persuasione che le antiche leggi non si possono rinnovare d'un tratto; ma è bene aggiungerne a grado a grado di nuove accanto alle antiche. Vi son pure leggi temporanee prima di diventare definitive. Quasi si pensa alle *leges annuae* o editti dei pretori in Roma. Ma il sano criterio dei Romani li premuniva contro quella contraddizione e confusione dei principî varî che

(1) Si leggano le belle e incisive considerazioni del Bryce, *Studies in history and Jurisprud.*, Oxford, 1901, specialmente i due primi saggi del vol. I, e i saggi dodicesimo, quattordicesimo, quindicesimo del II.

si vede omai nella legislazione inglese e fa desiderare la codificazione facilitandola con lo studio del diritto romano. Usciti appena dalle nebbie della speculazione metafisica, possiamo ora risuscitare in noi stessi dopo tanto tempo come persuasione filosofica ciò che nei Romani era istinto; tutte le scienze nel periodo odierno sono opera infatti di lunga riflessione dove pure presso gli antichi dominava una quasi istintiva spontaneità. Ma, accettando anche la definizione romana della giurisprudenza in questa seconda parte, essa è monca pei dì nostri perchè non accenna allo studio della società civile e dello Stato e pecca soprattutto di indeterminatezza. I Romani, secondo il loro carattere, cercarono determinazioni piu pratiche dallo studio del diritto (§ 18).

§ 17.

Caratteri e definizione dell'odierna giurisprudenza.

Quali sono i caratteri dell'odierna giurisprudenza e come si può definire? Non è questa una semplice questione scolastica, rimpetto a cui si possa restare indifferenti: ci fa assistere anzi al più vivo lavoro di coordinamento del pensiero odierno. Il discredito in cui taluno tiene la classificazione delle scienze si deve scusare, perchè da un lato ha troppo dell'arbitrario in ogni filosofo; dall'altro qualsiasi classificazione oggi è forse prematura. La migliore via è di vedere anche in questo caso che cosa c'insegna la storia (1). Se riflettiamo che l'odierno pen

(1) Cfr. il mio articolo *La giurisprudenza e le scienze sociali*, nella *Riv. ital. di sociol.*, a. VII (1903), p. 50.

siero giuridico e sociale si è formato a grado a grado percorrendo certe vie che ci sono note e volgendosi ad una meta assai ben determinata, si può ragionevolmente supporre che qui pure, sapendo di dove ci viene la giurisprudenza, si sa che cosa sia e in che senso corra. Mi sembra insomma opportuno di seguire anche nel nostro argomento non un metodo dogmatico, ma invece un metodo storico; non si deve presentare subito un concetto astratto: bensì spiegare come a questo siamo giunti. Gli alberi delle scienze hanno press'a poco tutti lo stesso difetto di precipitare in poche parole, spesso assai difficili, dei concetti astratti che non si possono afferrare senza grande fatica. La odierna giurisprudenza è una formazione storica e dobbiamo perciò descriverla quale realmente ci sta innanzi. Ma proprio in questo argomento pare che ogni pensatore creda di governare dispoticamente il regno del pensiero; oggi si potrebbe quasi ripetere per il concetto della sociologia e delle scienze sociali, in cui si annega la giurisprudenza, quello che lo Schiller (1) osservava dei filosofi del suo tempo: poichè ciò che dice un professore non entra allo stesso modo in tutti, la natura adempie al suo dovere materno e sorveglia che la catena non si spezzi mai e che il frutto maturo non vada mai perduto.

In qual modo pertanto vedremo la reale condizione della giurisprudenza odierna? Il più semplice sarebbe quello di constatare il numero e la qualità delle cattedre da cui s'insegna; criterio tutt'altro che privo d'importanza, sebbene da più d'un aspetto fallace. La catena del pensiero che, secondo il poeta,

---

(1) Nella poesia *Die Weltweisen*, ult. st.

mai non si spezza per opera vigile della natura non ha sempre in ogni cattedra un anello; ma quasi sempre la scuola evitò che il frutto maturo fosse perduto. Non si deve creder troppo alla tanto vantata distinzione tra scienza libera e scienza ufficiale, poichè, se si guarda qualche momento storico, si può anche ravvisare un'antitesi fra l'una e l'altra; ma non sempre vi sono pensatori di spirito novatore contro quelli che lo Stato riconosce e approva. Nella storia poi del pensiero « la scienza libera e sovversiva ha per iscopo di preparare la scienza ufficiale dell'avvenire » (1). È insomma la continua lotta fra il vecchio e il nuovo che non l'ingegno dei pensatori; ma la instabilità delle sociali condizioni alimenta di continuo. Comunque sia, quell'antitesi è oggi meno grande nelle materie giuridiche e politiche per « la crescente oscillazione dei sentimenti politici che produce la straordinaria libertà scientifica » (2).

Vi fu veramente un tempo in cui, per usare la ricordata distinzione, il contrasto fra la scienza ufficiale, o tradizionale che dir si voglia, e scienza libera fu grandissimo. Da tale contrasto nacque la giurisprudenza odierna. Possiamo partire dal rifiorimento di essa nella scuola bolognese (§ 2). Che cosa era la giurisprudenza agli occhi del glossatore? Si potrebbe credere che egli non la intendesse che come un'interpretazione del testo medesimo: questa era infatti la quotidiana operazione e ai più sembrava unico ufficio dell'uomo di legge.

(1) D'accordo col Ratto, *Il neo-scetticismo nella filosofia del diritto* (nel volume: *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento del prof. F. Pepere*, Napoli, 1900, pag. 74)

(2) Ratto, loc. cit.

Eppure i legisti potevano avere un altissimo concetto della propria scienza: lo serbava presente a loro occhi la definizione romana della giurisprudenza (§ 16). Le ricerche preliminari a qual ramo dello scibile appartenessero le pandette e il loro riferimento all'etica (1) giovavano per ribadire l'indole filosofica della giurisprudenza. Ma è pur vero che questo segreto ed alto fondamento filosofico non costituiva che un patrimonio di pochi: quasi ornamento o fregio della giurisprudenza, più che spirito vivificatore di essa. Era destino che tutte le scienze risorgessero con la interpretazione dei testi antichi. Una certa filosofia fu comune anche agl interpreti del testo; ma essa si consumò tutta nella logica e nella dialettica, sebbene qualche incipiente critica di una legge specialmente statutaria e certe figure d'interpretazione presentino un più alto lavoro filosofico. Neppure mancava del tutto agli antichi interpreti del diritto il senso storico: ma era piuttosto l'istinto che una legge antica usata per tempi nuovi si deve ammodernare. Quei giuristi fraintendevano consapevolmente i testi romani per far del diritto nuovo.

(1) Per queste ricerche, che si debbono considerare già tradizionali nello studio bolognese, cfr. Chiappelli, *Lo studio bolognese*, Pistoia 1888, pag. 141-142. Forse anche nella *Rationes dictandi* di *Hugo bononiensis* (sec. XII) la frase « me divinae humanaeque phylosophiae vacare » indica lo studio del diritto romano: cfr. la mia recensione del cit. libro del Chiappelli in *Arch. giurid.*, XL, 1888, pag. 173. Altra conferma dell'alto valore scientifico della giurisprudenza agli occhi dei glossatori si ha nell'insegnamento d'Accursio ad l. 10 § 2, D. *de iust. et iur.*, 1, 1, che, studiando il diritto romano, si può fare a meno della teologia.

Nondimeno esteriormente non vedevasi che un esercito di legisti stretti attorno a testi che parevano immutabili e alle chiose di cui i maggiori li avevano coperti.

Le prime voci di rimprovero che essi mancano di spirito filosofico e di senso storico vengono da uomini come Dante e il Petrarca (§ 34). Forse neppure questi sovrani ingegni intendevano tutta l'efficacia del rinnovamento della giurisprudenza mediante la filosofia e la storia. Per lo più si continua a vedere in quel rimprovero, come nelle invettive degli umanisti contro i legisti, un desiderio di vestire a novo la giurisprudenza e niente più. Così non è ancora caduto l'errore che la speculazione filosofica del secolo XVIII fosse un trastullo intellettuale di giuristi stanchi d'interpretare i testi e niente più. Cercare le origini delle leggi e le loro mutazioni significava sostituire decisamente all'opinione dell'immutabilità di esse, fossero pure le romane, quella della loro continua mutabilità. Rappresentare, insomma, il diritto come dipendente dalle condizioni di ogni tempo, è far nascere più o meno chiara la persuasione che il futuro può avere leggi diverse dalle nostre. Da quest'aspetto la scuola storica riprese il filo della cultura umanistica, o, come diciamo comunemente, della culta giurisprudenza del secolo XVI; e noi non abbiamo più perduto questo senso storico, sebbene proprio oggi sembri rinascere una tendenza allo speculare in cerca d'un chimerico diritto assoluto. Ma io debbo subito osservare (1) che se non fosse stato arrestato per ragioni finora poco studiate l'audace movimento della scuola storica, noi dovremmo già avere a que-

(1) Col Ratto, loc. cit., pag. 76.

st'ora una scienza giuridica ed una giurisprudenza fondata sull'osservazione della coscienza giuridica nazionale. In parte ciò è derivato dal legame fra la scienza e la politica, sì che niuna teoria può esser ripetuta vera « dai sacerdoti della scienza finchè i sacerdoti della politica non si sentano il coraggio di affrontarne e permetterne le conseguenze pratiche »(1).

Dalle accuse stesse fatte al Savigny da un consigliere aulico di offendere la maestà del principe con la dottrina dell'origine popolare del diritto, ben si può vedere che, malgrado il tentativo del primo di togliere un colore politico alla propria dottrina, essa veramente l'aveva. Un nucleo di forze, consapevoli o inconsapevoli di puntellare il vecchio edifizio sociale; un pungolo di scrupoli in uomini educati con altre idee; la costante paura di cadere in un abisso (quasi che natura non abbia sempre un ordine pronto) smorzò la face della scuola storica. La sua dottrina restò una teoria come un'altra, comoda anzi per legittimare lo *statu quo*. Sorse tosto a fianco di quella un'altra dottrina o meglio una degenerazione della prima. Mentre storia vuol dire movimento continuo, ormai il codazzo dei seguaci della scuola storica si attaccava alla storia di un momento e la rendeva stabile; dava alle istituzioni che il tempo aveva faticosamente prodotto il battesimo della perfezione e della stabilità. Anche questa degenerazione è stata creduta un capriccio di dotti innamorati di certe figure d'istituti antichi, mentre ha un intimo fondamento politico. Oggi alcuni prendono ancora per dottrina della scuola storica la sua degenerazione e quasi

(1) Messo bene in evidenza dal Ratto stesso secondo u 'acuta intuizione del Nietsche.

parodia. Quando pure ci fummo liberati di questa, « l'audace movimento » della scuola storica restò in molta parte un programma ancora da attuare. Infatti noi manchiamo, checchè si dica, di organi che tengano dietro rapidamente alle voci della coscienza popolare e possano dare un'immediata risposta a ciò che essa domanda, non pure in casi nei quali le classi sociali hanno interessi diversi e in lotta fra loro; ma dove anche quest'antitesi non vi è od è minima.

Il presente senso di legalità toglie di regola al nostro magistrato quella libertà che aveva il pretore romano di correggere a completare la legge. Noi aneliamo a riavere questa applicazione del diritto, correndo in cerca di un giudice onnipotente o creando una così detta interpretazione di carattere storico che contraddice alla fissità della legge e al pesante congegno delle odierne codificazioni. Eppure anche quel senso di legalità e di attaccamento alla legge è una formazione storica. Potrebbe darsi che l'ufficio stesso delle codificazioni non sembrasse più necessario e che si tornasse ad applicare direttamente la scienza come nei secoli anteriori ai codici in Italia e altrove. Allora, se la scienza fosse degna interprete della coscienza popolare, si potrebbe dire attuato il programma della scuola storica. Per ora i reggitori degli Stati credono di poter rimediare al pericolo che le leggi discordino dalle necessità odierne col rinnovamento dei codici e col supplirne intanto le lacune (§ 39). Così riducono a poco a poco entro angusti confini quella cerchia di rapporti che, non essendo regolati dalla legge, lasciano la scienza, sia pure non di rado sotto la forma dell'analogia, arbitra di deciderli.

Ma la giurisprudenza odierna non si comprende

guardando unicamente questo suo senso storico. Essa ha pure un carattere in sommo grado filosofico. Ciò pare strano a chi si arresta a guardare l'avversione spesso e da molti dimostrata alla filosofia del diritto. Io non sono dell'opinione di coloro che credono essere stato il secolo XIX nemico della filosofia o lamentano la crisi odierna della filosofia giuridica e sociale (1). Non ripeto qui che la scuola storica ha un suo completo programma filosofico (§ 5); desidero invece far notare che nella storia del pensiero il diritto naturale del secolo XVIII e la scuola storica son due fattori che si completano a vicenda. Sembrerà così che io dica soltanto quello che talora i filosofi del diritto osservano facendo passare innanzi ai loro uditori la filastrocca dei sistemi dei pensatori antichi e moderni, che essi staccano dal luogo ove nacquero naturalmente. Vedete, gridano forte, ognuno di quei sistemi preso a sè è monco; ma tutti si completano l'uno l'altro e dànno il perfetto sistema del diritto. No; qui non si tratta di meccanico succedersi di sistemi; le fasi del pensiero giuridico e sociale son piuttosto paragonabili agli anelli del tronco di un albero o al formarsi degli organi di un animale Alcuni restano

(1) Su questa crisi cfr. la dotta ed elegante prelezione di G. Cimbali, *La coscienza del dir. in consp. del secolo XX*, Torino-Roma 1903. A me sembra che egli ci descriva piuttosto il primo cozzo di nuovi fattori della coscienza del diritto. Secondo me, la filosofia del diritto è penetrata come vitale alimento in tutti i corsi della giurisprudenza, perdendo quasi l'antica autonomia e non avendone ancora acquistata una nuova. Quelle stesse ricerche e discussioni che dicono di dottrina generale del diritto e penetrano in ogni ramo della scienza nostra sono in sostanza di filosofia del diritto.

come rudimenti; ma i più continuano nella loro funzione. La scuola storica potè transitoriamente essere rappresentata come una lotta contro il diritto naturale; ma in realtà non poteva far altro che ridurre a rudimenti o a fossili, se più ne piace questa metafora, alcuni organi di esso. È ammirabile l'acume del Bergbohm (1); nondimeno è lecito il dubbio se abbia ragione di rimproverare agli stessi duci della scuola storica di aver sentito l'efficacia dei filosofi del diritto naturale. Si potrà anche consentire che veli misteriosi coprano talune predilette dottrine di essa scuola, come quella della coscienza popolare e della scienza quale forza creatrice del diritto (§ 6). Nondimeno bisogna prima intenderci su questa parola diritto e fare una completa analisi della psiche dell'uomo nella società civile (§§ 8-10, 15). Siamo appena ora al principio di queste ricerche.

Col Bergbohm finiremmo a non trovare altro che un diritto positivo, il quale si completa elasticamente nelle sue lacune per sola virtù di logica! Guardando la scuola del diritto naturale e la storica nella grande storia della giurisprudenza, esse vi appaiono come forze combinate per sottoporre a critica tutto quanto il diritto positivo; per distinguere la legge del diritto; per farci sempre anelare a quel diritto che meglio risponde ai bisogni reali di un popolo. Senza l'erudizione umanistica e il primo fiore di una scuola, che può dirsi storica anche nel secolo XVI, difficilmente il pensiero umano avrebbe acquistato la vigoria per speculare

(1) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig, 1892). Il libro esamina le traccie odierne del diritto naturale, le quali a poco a poco si moltiplicano agli occhi dell'autore.

sul diritto e sullo Stato fuori della teologia e in dipendentemente da questa. Di citazioni di storia, di erudite reminiscenze son piene le opere dei filosofi del diritto naturale; non pochi di essi dicono già che la storia, almeno in qualche ramo del diritto, vale quanto in altro la ragione. La nuova scienza politica non sorge anch'essa su di una base storica? Basta pensare ai nostri politici (§ 33). E mentre talora i filosofi del diritto naturale sembravano consolidare i despoti, di un forte potere a sommo dello Stato si facevano leva per distruggere tutte le minori tirannidi e le caste entro lo Stato, e dentro, non meno che fuori di esso, la teocrazia intollerante. Preparavano così uno spirito di critica di tutto e di tutti che si doveva combinare maravigliosamente (sebbene ciò sia poco avvertito) con un senso storico che è la più bella attitudine a vedere dovunque un carattere transitorio e relativo. L'uno e l'altro carattere giustifica pienamente la critica e fa pensare che questa è ragionevole, perchè deve appunto mutare ciò che per sua natura è mutabile.

L'odierna giurisprudenza abbraccia una serie di relazioni che dapprima le sfuggivano o di cui almeno non si era completamente e consapevolmente impadronita. Per secoli parve ristretta al diritto privato; ma realmente decideva anche questioni di diritto pubblico, in specie se direttamente o indirettamente legate a interessi privati (§ 2). Il diritto feudale fu come il preludio di una trattazione a sè del diritto pubblico; ma l'ordinamento politico dello Stato, sebbene vi partecipassero come consultori i giuristi, sembrava superiore ad ogni giurisprudenza. La distinzione delle classi, le corporazioni coattive, le giurisdizioni, tutta insomma

la piramide politica e sociale, sembravano una rupe costruita dalla natura attorno a cui la giurisprudenza non potesse far altro che girare. La teologia e la filosofia, che le era ancella, santificarono quella piramide. Già nel secolo XVI incominciano quelle ardite ribellioni del pensiero filosofico alla tirannide dell'Aristotele medioevale; le quali, con la rinata erudizione classica (che rappresentava all'occhio altri politici reggimenti di popoli) dovevano cooperare al nascimento di una filosofia giuridica indipendente dai teologi e dai moralisti. Noi, sebbene poco si avverta, dobbiamo ravvisare nei filosofi del diritto naturale una propaggine dei precedenti filosofi ribelli ai dogmi scolastici, e nel diritto naturale la leva che, in nome della natura, doveva spezzare le tirannidi costruite dalla storia. La giurisprudenza giunse così a discutere di tutto e penetrò arditamente in ogni lato dell'edifizio sociale. Le prime discussioni ebbero carattere politico e così lo Stato divenne oggetto di analisi a sè. Ma a poco a poco si disegnò chiara al pensiero l'idea di una società civile da cui gli individui non possono essere staccati se non per astrazione e l'altra che lo Stato è soltanto un istituto per ridurre ad unità politica quella società e procurarne il benessere (§ 30). Tutta la grande scuola del diritto naturale, specialmente nel suo culmine pratico, è animata da questo desiderio di assicurare la felicità dei popoli.

Dentro la società civile si svolgono incessantemente più ordini di fenomeni: quello che, soltanto per illusione ottica, sembra prevalente, è il giuridico, cioè la formazione e la propagazione del diritto. Ma in verità non è che uno dei fenomeni sociali: piuttosto un riflesso di altri che un feno-

meno a sè. Contro questo isolamento del fenomeno giuridico aveva ammonito la scuola storica dicendo il diritto collegato a tutti gli altri lati della vita intellettuale del popolo, sebbene più volgesse l'occhio a fattori spirituali (§ 5). E dal secolo XVIII un altr'ordine di fenomeni, gli economici, veniva sottoposto ad analisi, sia pure che la speculazione astratta allontanasse dal reale aspetto dei medesimi. Dapprima i fenomeni giuridici e gli economici parvero correre paralleli senza che balenasse agli occhi l'identità della loro sostanza; poi ben si vide che il diritto ha una base economica. Mentre poi da una parte la grande corrente della sociologia, partita dalla filosofia positiva, anelava una completa analisi dei fenomeni sociali tutti quanti (§ 37), rinvigoriva l'analisi dei fenomeni economici sì da assegnare ad essi il posto che prima spettava al diritto. La società civile già ab antico intraveduta come organismo apparve veramente da quest'aspetto.

Lo stesso torrente del socialismo nasce da speculazioni filosofiche e da pochi rigagnoli economici; ma, gonfiatosi a poco a poco, viene ad urtare ormai violentemente contro il regime economico tradizionale, di cui il politico non sarebbe che un riflesso.

Così la giurisprudenza, credendo di restare la stessa dei secoli scorsi, giunse all'età nostra fra un mucchio di rovine intellettuali se non materiali; e quando le parve di avere afferrato un'àncora di salvezza nella proclamazione di quella eguaglianza giuridica che fu un'idealità, si trovò come sbigottita di fronte alle pretese di un'eguaglianza di fatto che sembra inattuabile e che incombe su tutti col tragico motto della lotta di classe e con l'antisociale tattica dello sciopero generale. Se pertanto la giurispru

denza già visse signora di incontestato dominio, oggi essa è minacciata non pure dall'asserito predominio della sociologia, ma da altri gravi pericoli. Da un lato può ridursi un'astratta teoria che, fuori della scuola, a niente giova. Dall'altro, divelta da quei fattori che allargarono e vivificarono il pensiero giuridico, può ricadere in una gretta interpretazione delle leggi, rendendo i giuristi uomini omai disadatti a comprendere l'età nostra se il più ed il meglio deve essere ceduto alle scienze sociali di cui la giurisprudenza diventerebbe un piccolo e secondario rivo (1). Se si considerano i ricordati caratteri della giurisprudenza odierna come formazione storica; se si riflette che quella scienza con proprio aspetto vive da secoli e che nel suo passaggio dall'esegesi dei testi alla discussione e alla critica di ogni istituto, in specie mediante i romanisti filosofi della scuola del diritto naturale (2), acquistò la piena convinzione di poter guidare la pratica e riformarla, noi non dobbiamo privare la

(1) Già apertamente il Kirchmann, *Ueber die Wertlosigkeit der Jurispr. als Wissensch.*, Berlin 1848, aveva negato il valore della giurisprudenza. E che cosa divien questa a traverso le prolisse analisi dello Stein, *Gegenw. der Rechts-und Staatsw.*, Stuttgart 1876 se non un'umile ancella della scienza politica? Tre distinti dominii son per lui la filosofia del diritto, la scienza politica o d Stato, la scienza del diritto (pag. 104 seg.). La quale ultima non fa che abbracciare tutte le figure del diritto vigente (pag. 103). La giurisprudenza è la scienza politica formolata come diritto (pag. 146).

(2) È bello vedere come essi cercavano di dare un contenuto nuovo alla definizione romana della giurisprudenza. Cfr. la mia cit. nota, *Per la storia della giurisprudenza* nella *Riv. it. per le sc. giur.*, XXXII, 1902, pag. 404 sg

società civile di questo tesoro di pensiero accumulato e pieno di energia. È una forza, ed ha, proprio oggi, un'importanza come quella che le spettò nell'età di mezzo. Non disegniamo alberi delle scienze in contraddizione con la realtà delle cose! Nell'albero dell'odierno scibile la giurisprudenza deve avere un posto proprio (1); essa non toglie il passo alla sociologia, nè alle scienze sociali che possono volgersi ad analisi dei loro fenomeni ben più complete di quelle che son necessarie per la giurisprudenza. Tutte le umane cognizioni son fra loro in qualche rapporto; ma la giurisprudenza abbisogna di cognizioni, che, attinte alle scienze sociali, direttamente la tocchino. Dicendo così, noi pensiamo ad una scienza dell'ordinamento giuridico della società civile, ossia dei modi di attuare la giustizia.

Ancora sono buoni i tre precetti romani: *hone-*

(1) Il Leibnitz era rimasto alla tradizionale riconduzione della giurisprudenza alla *scientia moralis* (*Opusc. et fragm. de Leibnitz*, Paris 1903, pag. 40); ma aveva un alto concetto del valore di quella come scienza a sè. Oggi si corre per via diversa. Il Carey fa della giurisprudenza un ramo accessorio dell'economia nazionale. Almeno lo Schopenhauer aveva posto la *Rechtslehre* fra le scienze empiriche e precisamente nel gruppo di quelle risguardanti la dottrina dei motivi. Cfr. Kuhlenbeck. *Die Rechtsw. in ihr. Bez. zu and. Wiss.*, Jena 1905. A fatica puoi vedere dove, sotto altro nome, vi sarà un piccolo posto per la giurisprudenza negli alberi delle scienze dei D'Alembert, del Bentham, dello Ampère, del Comte, del Wundt (Lehmann, *Die Systemat. der Wissensch. und die Stellung der Jurispr.*, Marb. 1897). Ciò è vero e giusto nella storia del pensiero? Cfr. anche sotto § 30. A difesa dell'autonomia della giurisprudenza (propriamente della dogmatica) è l'interessante discorso del Pachmann, *Uber die gegenwärt. Beweg. in der Rechtsw.*, Berlin 1882

sic vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Ma essi rappresentano, al pari di molte idee le quali presiedono al viver civile, dei grandi schemi che ogni età riempie seconda le proprie vedute. La giurisprudenza odierna ha guadagnato sull'antica la salutare convinzione che ogni fenomeno giuridico è un fenomeno sociale e politico: che questi aspetti sono i punti da cui si guarda una stessa cosa; e così l'idea rudimentale della scuola storica si è perfezionata dando ottimo frutto. Ma la giurisprudenza che considera ormai lo Stato nelle sue funzioni e nelle sue relazioni e la società civile, d'onde nascono i fatti che le leggi hanno da regolare, dovrà assorbire totalmente il pensiero filosofico, il quale analizza da ogni aspetto gli Stati e le umane società? Tanto varrebbe far cadere entro la giurisprudenza la psicologia sociale, la geografia politica e qualsiasi dottrina che studia un ordine di fatti sociali. Evidentemente il diritto è l'oggetto specifico della giurisprudenza; ma questa ha bisogno di ciò che le spiega che cosa il diritto sia e come si formi e si muti. Noi non possiamo, nè dobbiamo disgiungere nel diritto, come oggetto di scienza, la forma dalla sostanza. Certe necessarie distinzioni non fanno che segnare il diverso orizzonte dell'osservatore. Per legge storica (che tolse il diritto all'arbitrio dei potenti e lo restituì alla sua dignità di fatto sociale) si incrocia e combina così nella giurisprudenza, sino a costituire una scienza a sè, un sistema di speciali discipline; l'essere ivi combinate non fa che, sciolte da quel vincolo sistematico, perdano ogni unità e non possano anche avere una propria e più vasta cerchia. Insomma la logica delle scienze conduce qui ad operazioni e combinazioni, come, ad esempio, nel calcolo differenziale e integrale, nella fisiologia, ecc.

Definisco pertanto la giurisprudenza odierna: *un sistema di scienze che studiano il diritto, la società civile, lo Stato nelle loro naturali relazioni, per conseguire nell'umano consorzio i fini della conservazione e della maggior prosperità possibile di ognuno e di tutti.* E mi sembra che questa definizione risponda alle tendenze teoriche e pratiche dell'età nostra. Teoriche in quanto vogliono rinsanguare lo studio del diritto con scienze sociali e politiche (1): pratiche in quanto vogliono conciliare l'interesse individuale col sociale.

Non si può essere in alcun modo giureconsulti ai dì nostri se non a patto di rompere la cerchia tradizionale delle scienze giuridiche (§ 18 sg.) e spingere lo sguardo anche nelle scienze che studiano la società civile e lo Stato (§ 30 sg.). Dico ciò essere necessario non pure a coloro che si dedicheranno specialmente allo studio di quelle scienze; ma a coloro che eserciteranno una missione pratica, come l'avvocato, il consulente, il magistrato (§§ 46-48). È possibile essere giurista senza conoscere quella scienza che esamina la produzione, lo scambio, la ripartizione, il consumo della ricchezza? Ci vien fatto di ricordare qui le profetiche parole di quel

(1) Cfr. Menger, *Ueber die sozial. Aufg. der Rechtsw.* 2.ª ed., Wien 1905. Argute osservazioni leggi nel libro *Briefe eines Unbek. über die Rechtsw.*, Leipzig 1901, pag. 122 sulla monca educazione del giurista ignaro di scienze politiche e sociali. L'Alvarez, *Una nouv. concep. du droit*, Paris 1904, pag. 93 seg. nota l'efficacia delle scienze sociali (in specie in Italia e in Francia) sul rifiorire della giurisprudenza. Tale era la tendenza di questo mio libretto sino dal 1891. Ci viene ora il forte aiuto del Lambert, *Etudes de dr. comm. legisl.*, I, Paris 1903, pag. 804 seg. e spec. pag. 890-91.

sommo giureconsulto e filosofo che fu G. D. Romagnosi: « il codice civile forma.... il principio ed il complemento del sistema civico economico. E qui oso predire che... tempo verrà che tutta la ragion pubblica economica sarà ridotta a regole fisse come il diritto civile.... o per dir meglio il diritto civile e l'economia pubblica verranno considerati come due rami della stessa scienza » (1). Il diritto privato si basa eminentemente sull'economia, regola i modi con cui si acquistano, si conservano, si trasmettono i beni. Appunto questi vari modi di acquistare, conservare e trasmettere i beni dànno propria figura al diritto di un'età.

I compilatori del codice Napoleone non ammisero l'istituto dell'enfiteusi perchè parve loro che vincolasse soverchiamente la libera trasmissione dei beni e ne smorzasse la produzione. Suggerisce infatti l'economia politica che la libertà del fondo ne aumenta il prodotto pel maggiore affetto con cui lo coltiva il proprietario e ne rende insieme più agevole la commerciabilità; si volle distruggere un istituto che vincolava il fondo a determinate famiglie e faceva sì che il coltivatore non se ne sentisse libero proprietario. Il nostro codice è pure dominato dal desiderio di svincolare la terra da ogni legame; ma, per l'efficacia delle reali condizioni della proprietà fondiaria presso di noi, ha accolto l'istituto dell'enfiteusi: nondimeno con una disposizione, la quale assicura che il fondo possa essere sempre liberato dal vincolo enfiteutico (2).

---

(1) *Principii fondamentali del diritto amministrativo*, § 141. Cfr. Valenti, *Le idee econom. di G. D. Romagnosi*, Roma 1891, pag. 61.

(2) Cod. civ. it., art. 1564. Cfr. art. 1557.

In tal guisa l'economia e, cioè quella allora dominante (così avverrà sempre) ha contribuito a determinare l'aspetto della teoria moderna di quell'istituto. E perchè troviamo nel codice vietate le sostituzioni fedecommessarie nel modo più assoluto? (1). Perchè la disposizione con cui taluno lascia l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente si limita dalla legge ai primi chiamati a goderne alla morte del testatore? (2). Anche qui le idee economiche spiegano la limitazione, come la scomparsa delle sostituzioni fedecommessarie, rimaste invece in altri diritti (3). I maioraschi e le sostituzioni fedecommessarie, dannose trasformazioni d'istituti romani allora innocui, concentravano patrimonio nei primogeniti delle famiglie, costituendo non pure una grande ingiustizia, ma rendendo *extra commercium* una rilevante massa di beni immobili, le così dette grandi tenute dei secoli scorsi. Era scossa la fede pubblica perchè creditori non potevano espropriare i fondi fedecommessari per debiti fatti dall'investito del fedecommesso; spenta ogni premura individuale perchè il fedecommessario non si curava di migliorare il fondo per l'avvenire, solo cercando di trarne, anche inconsultamente, il maggior profitto possibile. Trovi così la proprietà nel nostro codice civile come istituto già modificato dal concetto economico che si ha pur da guardare all'interesse sociale. Si vuol rispettata; ma se ne diminuiscono le esagerate facoltà, per porla in armonia con

(1) Cod. civ. it., art. 829. Cfr. art. 899.
(2) Cod. civ. it., art. 901.
(3) Vedi la mia monografia *Fedecommesso* nel *Digesto taliano*.

l'interesse generale: ben altri frutti darà in avvenire questo concetto, che da varî aspetti abbraccia tutto il diritto. Impossibilità dunque di scindere l'economia sociale dal diritto, in particolare dal diritto privato (§ 18). Le più gravi questioni odierne (lavoro delle donne, dei fanciulli, infortuni sul lavoro, emigrazione, scioperi, ecc.) che il legislatore deve affrontare son gravi questioni economiche.

E si può forse essere giureconsulto senza avere appreso nozioni di scienza delle finanze? Questa scienza, studiando i modi con cui lo Stato si procura i mezzi economici pel raggiungimento dei fini che si propone, determina la potenza economica dello Stato stesso. È quindi necessaria al giureconsulto, che per l'uno o l'altro aspetto si occupa di determinare un'azione dello Stato, la quale di regola non si può concepire senza una spesa. Non giova la trattazione di molti problemi giuridici e sociali se si dimentica questa semplice verità.

Così può il giureconsulto parlare dell'azione dello Stato, senza erudirsi nella scienza dell'amministrazione, che ne determina i limiti e in ogni argomento ne discute l'opportunità?

Da ogni lato ci si presenta questa molteplicità di aspetti della giurisprudenza. Ciò non deve far meraviglia a noi che sappiamo assumere il diritto un aspetto corrispondente al carattere di ogni periodo storico. Nelle prime età la vita è semplice, il diritto vive d'una vita consuetudinaria, direi quasi imitativa di pochi tipi, la consuetudine stessa è confusa, incerta, mal definita. A poco a poco passa dipoi il diritto al grado di norma formolata dalla riflessione del giureconsulto o espressa dal legislatore nei suoi articoli di legge; ma dimostra sempre il legame con le condizioni sociali di ogni età, di

cui è specchio più o meno fedele. Così accade nel tempo nostro. Oggi pure il diritto (coerentemente anche a quell'idea che abbiamo noi della società civile come organismo) è, o almeno aspira ad essere, una norma collegata in tutti i lati con l'organismo sociale. Si è fatta strada la convinzione che le questioni sono complesse; che è necessario farne la trattazione sotto tutti gli svariati aspetti. Una questione in generale si può studiare sotto l'aspetto del diritto privato, del diritto pubblico, delle scienze politiche e sociali: risolverla non si può in modo opportuno se non cospirano all'intento e non si integrano vicendevolmente i criterî desunti da tutte queste discipline. Non si sa quasi oggi dove finisce il giurista e comincia il sociologo.

Scienze giuridiche e scienze politiche e sociali (le politiche si possono anche comprendere, almeno per qualche ramo, nelle giuridiche) formano dunque parte integrante del sistema odierno della giurisprudenza.

CAPITOLO V.

Le scienze giuridiche

§ 18.

Loro carattere e partizione fondamentale.

Il carattere eminente delle scienze giuridiche (la parte più antica e meglio svolta della giurisprudenza) è che studiano, determinano, raggruppano logicamente quelle relazioni sociali a cui conviene il concetto di diritto (§ 12-14). Il che significa, in altre parole: essere oggetto delle scienze giuridiche quelle relazioni in cui si attuano facoltà umane garantite dallo Stato. La cerchia delle scienze giuridiche è tanto ampia quanto il concetto di diritto nella sua completa formazione. Di qui una relatività storica di quella cerchia; e il fenomeno di discipline che vi sono entrate da non molto (§ 22) e di altre che aspirano ad entrarvi (§ 27); ed anche una variabilità di confini in discipline concepite sin dall'origine come giuridiche (§ 19).

Considerando il diritto come un fatto umano regolato da norme a sè (§ 12), non possiamo ammettere che le relazioni giuridiche si stacchino quale ordine proprio ed autonomo, da tutte le altre relazioni sociali e si pongano in antitesi con queste.

L'antitesi è già esclusa dicendo che le relazioni giuridiche ossia, come si usa chiamarle, i rapporti giuridici (§ 13) son relazioni sociali regolate dal diritto. Fu detto a ragione essere il diritto la norma costituita per opporsi alla lotta avanti che sorga e per toglierla di mezzo quando è sorta (1). Ci si offre nelle relazioni giuridiche la: facoltà di un soggetto; una norma che di essa segna i limiti; una tutela o garanzia pel caso che quella facoltà venga disconosciuta (§ 13). Dovunque ci appaiono tali facoltà rette da norme e garantite nella loro attuazione, ivi stendono il loro impero le scienze giuridiche. Esse, com'è naturale, debbon pure sottoporre ad analisi i fattori del fenomeno che diciamo giuridico, fra i quali primeggia lo Stato, nel suo organamento e nella sua azione a garanzia del diritto. Poi che anche lo Stato divenne oggetto di scienze giuridiche, quest'aspetto, da cui per eccellenza si considera, ha efficacia su tutti gli altri da cui può esser guardato (§§ 32-33).

E così la definizione dell'oggetto delle scienze giuridiche ci mostra ancor una volta la necessità di considerare tutte le discipline atte a illuminarci su quel fatto sociale, che nelle mutazioni continue degli umani consorzi ora acquista, ora perde la sua figura giuridica (§ 9). Le scienze giuridiche pertanto non possono essere che una parte, sia pure

---

(1) A quest'idea dello Herbart (confermata dal Sumner-Maine nelle sue osservazioni storiche) accenna opportunamente il Vacchelli, *La scienza dell'Amm.* (*Arch. giur.* LII, 1894, pag. 52-53) dove pur determina in modo evidente i « caratteri del fatto sociale, cui si dà l'attributo di giuridici ». Cfr. ora sull'argomento Korkounov, *Cours de théor. gen. du dr.*, pag. 210 seg.

preponderante della giurisprudenza (§ 17), rappresentando un ordine di cognizioni, che, anche quando sale all'onore di sistema (§ 13), ha valore soprattutto formale. È una logica opportuna solo quando e finchè sono vere (rispondenti, cioè, alle condizioni sociali) le premesse a cui si parte. I giuristi corrono volentieri a figurarsi come logica giuridica assoluta quella che è logica del diritto di un popolo o di un'età. Non diversamente il legista medioevale diceva la legge longobarda *nec lex, nec ratio.*

La nostra fondamentale distinzione delle scienze giuridiche è tuttora quella dei Romani. Dopo aver definito la giurisprudenza (§ 16) essi insegnano che di questo studio due son le posizioni (*huius studii duae sunt positiones*): il diritto pubblico e il privato (1). Mediante un criterio distintivo (*sunt quaedam publica utilia, quaedam privatim*) vollero i Romani riunire le norme giuridiche in due somme categorie. Se ammiriamo come importante fatto storico (§ 9) la loro distinzione, sarebbe grave errore credere che, conservando noi tuttora quelle ampie categorie, si applichi nella stessa misura e proporzione il criterio romano. Esso nacque in altri intelletti e in altre condizioni sociali; noi oggi non riusciamo neppure a spiegarlo in guisa da non lasciar dubbi (2). Ogni età sente infatti a modo suo la distinzione fra l'utile

---

(1) § 4. I. *de iust. et iur.*, 1, 1; 1, 1, § 2, D. *de iust., et iur.*, 1, 1.

(2) Cfr. un buon esame in Combothecra, *Jus civ., jus priv.* (*Rev. gén. du droit*, XXVIII, 1904, pag. 219-225), *Crit. distinct. du droit priv. et du dr. publ.* (ivi, XXIX, 1905, pag. 97-126).

privato e il pubblico, principalmente perchè mutano le idee sulle relazioni fra l'individuo e il sociale consorzio e sui còmpiti dello Stato.

Non è difficile sostituire oggi in teoria, con sottili analisi, una nuova distinzione delle scienze giuridiche alla romana. Ma (senza dire che sotto (1) altre forme e con diverso confine ricompare sempre il concetto di pubblico (2) e di privato) non è possibile, per ora almeno, di abbandonare in pratica l'antica distinzione; che, sebbene già ammodernata, anche inconsapevolemente, da noi, resta la bussola, passi la frase, della giurisprudenza. La distinzione romana non pure domina in tutte le leggi nostre, ma risponde alla nostra costituzione sociale ed economica; in cui l'individuo afferma la propria personalità, e per conseguenza i proprii interessi, rimpetto al consorzio di cui è parte, e rimpetto agli interessi di questo. Risponde alla nostra costituzione politica, in cui le stesse persone giuridiche pubbliche quali il Comune, la provincia, lo Stato hanno talora interessi e obblighi come privati. Quest'importanza pratica della distinzione tradizionale si estende tanto quanto i paesi nei quali ha avuto efficacia il pensiero giuridico romano.

(1) Lo Austin, *Lectures on the jurispr. or the philos. of positive Law*, London 1885, II, pag. 744 non ammette la distinzione del diritto privato dal pubblico che riguardo ai diritti personali. Il Korkounow, *Cours de th. gen.* cit., pag. 252 seg., critica e ripudia questa distinzione principalmente per la Russia.

(2) Cfr. la bella analisi del Ranelletti *Il conc. di « pubblico » nel dir.* (*Riv. it. per le scienze giur.*, XXXIX, 1905, pag. 337-354).

§ 19.

Il diritto privato.

Si può definire: *il sistema delle norme che regolano la condizione civile degl'individui e i modi in cui essi acquistano, conservano, trasmettono i beni.* Cioè a dire si studia in generale la struttura del rapporto giuridico: si esaminano poi le varie classi di rapporti giuridici (sulle cose, di obbligazione, di famiglia, di successione ereditaria).

Qui consideriamo pertanto il diritto privato come un sistema di norme derivanti da legge o consuetudine. Ma tende a prevalere in esso generalmente, malgrado la continua imperfezione delle leggi (§ 39), il diritto scritto, ossia promulgato dal legislatore, al *non scritto* o scaturito dalla immediata manifestazione della volontà popolare mediante una pratica uniforme e costante (1). Volgiamo l'occhio ad una combinazione sistematica di norme che toccano in qualche modo il patrimonio degli individui se anche son contenute in leggi fuori dal codice civile e con prevalente carattere sociale ed economico. Non si deve infatti confondere l'unione esterna delle leggi con la combinazione logica interna di tutte le norme di una categoria. Uffizio del civilista non è una magra esegesi degli articoli del codice civile o di altre leggi; sivvero la costruzione di un sistema secondo i criterii della dialettica giuridica (§ 13).

Tocca a lui, non alla legge, giova ripeterlo, di spartire le norme giuridiche in categorie e di

(1) Cfr. le mie *Ist. di dir. civ. it.*, § 2.

combinarle in modo logico. Poco importa perciò se la norma da fondere nel sistema ci venga da una legge generale o speciale; poco importa se la legge speciale stia a sè o costituisca, per certe opportunità reali o supposte, un codice più o meno ampio. All'unità sostanziale del diritto privato non può nuocere la sua divisione fra noi in due codici: il civile e il commerciale (1). Gli speciali istituti del commercio non sono che modificazioni del diritto che diciamo civile per antitesi al commerciale. Quello è infatti sì ampio che abbraccia tutte le dottrine di cui questo fa applicazione (2). E se il diritto civile considera i beni nel loro valore di uso e il diritto commerciale nel loro valore di scambio, hanno l'uno e l'altro diritto uno stesso oggetto: i beni. Questo concetto spicca appunto nella definizione romana: *privatum (ius est) quod ad singulorum utilitatem pertinet.* Si può dir che ce ne offra un bel commento Ulpiano scrivendo: *totum ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat* (3). Di questa economica materia del

(1) Contro la distinzione, v. le dotte prelezioni del Vivante, *Per un cod. unico della obblig.* (*Arch. giur.*, XXXIX, pag. 497-516) e del Bolaffio con lo stesso titolo a Parma nel 1889, *La Rivista di dir. comm.*, dei colleghi Sraffa e Vivante attua questa tendenza.

(2) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ.*, § 12.

(3) L. 41 D. *de legib.*, 1, 3. Il passo sembra riferirsi a tutto il diritto, ma nell'originario nesso, risguardava il diritto privato. Corrisponde al *totum ius* di Gaio. Cfr. Bremer, *De Domit. Ulp. Inst.*, Bonnae 1863, pag. 61 segg. È ipotesi arbitraria, sebbene autorevole, restringer.

diritto privato è convinta l'odierna giurisprudenza (§ 17). Possiamo accettare perciò la definizione romana di quel diritto e il commento di Ulpiano purchè qui pure s'interpreti con le nostre idee la *singulorum utilitas* sì pei soggetti del diritto (*singuli*), sì per la misura della protezione del loro interesse (*utilitas*).

Si è ormai, quanto ai soggetti del diritto privato, saliti all'apogeo dello svolgimento dell'umana personalità (cfr. § 8) ed aneliamo a una società giuridica indipendente da confini politici e superiore agli Stati, nella quale l'uomo goda di quei diritti che diconsi civili. Essi son diritti o facoltà ravvisati come proprî dell'uomo perchè uomo (libertà personale, famiglia, proprietà). Sorge così l'idea di un *diritto civile internazionale* (§ 27). Ma questa internazionalità del diritto civile si può forse dire che recisamente stacchi il diritto privato dal diritto dello Stato (§ 22) o diritto pubblico? Ciò contradirebbe alla intima connessione dei fenomeni umani oggi tanto vagheggiata dalla sociologia e che noi fummo già abituati a considerare dalla stessa scuola storica (§ 5). Sono anzi nell'età nostra forti i vincoli che legano insieme il diritto privato e il pubblico e la diversità fra l'ordine giuridico di un popolo e quello dell'altro dipende in gran parte dalla misura del legame fra le due categorie del diritto. È antico aforismo: *ius privatum sui tutela iuris publici latet* (1). Chi lo medita e ne sviscera il pensiero recondito, vedrà quanto grande sia l'efficacia del diritto pubblico sul privato.

col Lenel, *Paling. Ulp.*, n. 1920, quel passo all'*ius quod ad res pertinet*.

(1) Bacon, a Verulam, *De iust. univ.*, afor. III.

Il diritto pubblico non pure determina gli organi di produzione e di tutela delle norme giuridiche (§§ 22, 23), ma configura tutto quanto il diritto privato in un modo piuttosto che nell'altro secondo certi criteri fondamentali (1). Ad es. secondo che si riconoscono più o meno i diritti degli stranieri; secondo che si dà maggiore o minore importanza all'unità della famiglia; secondo che si ammette in un modo più o meno esteso la difesa privata dei diritti; secondo che si legano gli atti privati a certe forme o registrazioni sorvegliate dallo Stato, ecc.: soprattutto, come si dirà, è da considerare qui la misura in cui questo protegge l'interesse individuale. Ogni Stato ha poi certe norme profondamente radicate nella società civile di cui è rappresentante, le quali si riflettono in modo più visibile nel diritto privato e si dicono opportunamente *principî d'ordine pubblico* (2). Nel nostro diritto privato abbondano, come è naturale, in legislazioni civili, quali appunto la francese e la nostra, scaturite da grandi rivolgimenti politici e desiderose di sancirne solennemente le più nobili conquiste. Così il principio che distingue la religione dal diritto; che proi-

---

(1) Anche qui varia il modo della configurazione; ma è impossibile concepire un *ius publicum* cui sfugga tal còmpito. Mi compiaccio che il Bonfante, *Dir. rom.*, pag. 138: osservi per il diritto romano che « nello stesso tempo (del formarsi del *ius privatum*) lo Stato altera e disciplina via via a sua guisa nell'interesse generale i rapporti di diritto privato ».

(2) Nei casi cui riferisconsi si può dire con frase romana *interest reipublicae* (cfr. per il favore della dote l. 2, D. *de iure dot.*, 23, 3; l. 1, D. *sol. matrim.*, 24, 3; l. 18, D. *de reb. auct. iud. poss.*, 42, 5) che l'argomento sia regolato in quel modo che lo Stato vuole.

bisce le successioni fedecommessarie sotto ogni forma; che agevola lo svincolo dalla proprietà fondiaria e vuole ogni perpetua rendita sempre redimibile. Si dica lo stesso delle disposizioni sulla legittima; sulla equiparazione delle figlie ai figli; sui diritti del coniuge superstite, ecc. Tali principî di ordine pubblico distinguono nel diritto privato le norme che si possono derogare ad arbitrio delle parti da quelle che ciò non ammettono. Infatti in molti articoli il codice è semplicemente un sussidio alla volontà dei privati, dispone pel caso che essi non lo abbiano fatto; in altri prescrive norme di un valore assoluto. Ciò ha somma importanza nella conclusione dei negozî giuridici e nell'applicazione delle leggi straniere in Italia. Dove queste vengono ad urtare contro i nostri principî di ordine pubblico (appunto per la ricordata diversità di relazione fra il diritto privato e il pubblico di ciascun popolo) non possono essere applicate fra noi (1). Qui vale la massima romana: *privatorum conventio iuri publico non derogat* (2). Appena è necessario ammonire che anche i criterî fondamentali con cui il diritto pubblico modella il privato e gli stessi principî di ordine pubblico son relativi ad un'età: possono perciò rispecchiare certe idee che la successiva ravvisa come esagerate o come pregiudizî. A noi ciò è accaduto, ad es., nell'aboli-

(1) Cfr. le mie *Ist. di dir. civ. it.*, § 5.

(2) L. 45 D. *de R. I.*, L. 17. Ben dice il Bonfante, *Dir. rom.*, pag. 135 che quell'*ius publicum* risponderebbe al nostro diritto imperativo, assoluto, coattivo per antonomasia, in antitesi al diritto dispositivo, relativo, suppletivo.

zione assoluta dei fedecommessi e, più ancora, nel ritenere dannosa ogni proprietà collettiva (1).

La *utilitas* o a dir meglio la misura in cui l'interesse degli individui è protetto dal diritto privato distingue profondamente il diritto nostro dal romano e anche da quelli di altre età. Certamente anche in Roma non si sarebbero potuti concepire diritti dell'individuo in piena contradizione con l'interesse generale. Ma il diritto privato romano, conforme al proprio carattere storico (§ 9), rappresenta un'emancipazione dell'individuo da quel politico consorzio, di tipo anche greco, che fu limite e condizione della personalità e invadente famiglia e proprietà. Il diritto romano ripugnava a limiti dell'interesse individuale che noi troviamo naturali. In esso l'individuo fu il perno di tutti gli istituti, ogni individuo potè agire rimpetto all'altro adoperando il diritto come un'arma. Tanto più son notevoli certi tentativi del pretore romano di render meno crudele il taglio di quell'arma (2) e poi le limitazioni giustinianee di alcune rigide facoltà degl'individui. I romanisti conservarono lo spirito di questo *ius privatum*, di regola almeno tutto ristretto all'utilità dei singoli; pei filosofi romanisti della scuola del diritto naturale (§ 2) fu sacro l'individuo e il diritto individuale. L'odierno diritto

---

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, § 35.

(2) Si pensi ad es. alla massima *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* che si sentiva il bisogno di temperare nei rapporti di vicinanza. Cfr. la mia memoria nell'*Arch. Giurid.*, XXXII, pag. 221, n. 1. Come si dovesse fare un lungo giro per condurre l'acqua al proprio fondo non potendo ottenere il passaggio attraverso il fondo intermedio v. in Cic., *Ad. Q. fratr.*, I, 1, c. 1.

civile nacque principalmente dalla esegesi del testo romano (§ 20). Ma le idee stesse politiche trionfate nella rivoluzione francese, e più le dottrine degli economisti, giovarono a far penetrare nelle leggi certi temperamenti dell'interesse individuale a vantaggio degli interessi tutti, che si posson dir l'aurora del nuovo diritto privato. L'acquedotto e lo scarico coattivo, il rispetto all'interesse dell'agricoltura e dell'industria, ai diritti dei terzi (1), sono altrettanti indizî o frammenti del nuovo pensiero giuridico. Facile è darne la formola: l'odierno diritto privato vuol cementare dovunque l'accordo dell'interesse individuale con l'interesse generale o sociale; non vi è instituto che ammetta più una troppo rigida affermazione dell'individuo.

Difficile è invece descrivere esattamente le cause di quest'odierno rinnovamento del pensiero giuridico e il programma che si propone e fin dove potrà attuarlo. Nel diritto privato veniva scosso l'esclusivo criterio della *utilitas singulorum* quando appunto per un moto inverso nel diritto pubblico e nelle politiche costituzioni l'individuo, rotti gli stati privilegiati, affermava il proprio valore sociale. Anche qui si possono ravvisare due forze apparentemente diverse, in verità aspetti di un'unica forza. Crebbe il valore sociale di tutti gli individui in guisa che si dovette accordare in nuovo modo l'interesse di un solo o di una classe con l'interesse di tutti. I codici parvero assai presto invecchiati (§ 39). Lo Stato sentì il compito di procurare il benessere generale anche a scapito dell'egoistico in-

---

(1) Tutti istituti e concetti che fanno parte del diritto italiano già secondo il codice civile del 1866. Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. it.*, §§ 2, 22, 36.

teresse di un individuo o di una classe. E cominciò così a farsi interprete di quel vivo senso di solidarietà sociale che germoglia nella coscienza giuridica dei tempi nostri chiamando con nuova cavalleria, ben degna di questo nome, i forti a farsi scudo, anche con proprio sacrificio, dei deboli. Qui il sentimento è l'araldo di verità scientifiche (1) che un giorno saranno comprese da tutti.

In teoría l'opposizione al diritto privato tradizionale si rinvigorì mediante la sociologia. Si disse che era giunto il tempo di sostituire al codice di diritto privato un codice di diritto privato sociale: che tutti gli istituti giuridici dovevano assidersi sopra altra base, rinnovarsi la patria potestà e la maritale, la dottrina delle persone giuridiche, la successione ereditaria; che nel futuro codice spettava una parte alle soluzioni dei più ardenti problemi, come quello dei rapporti fra capitalisti e operai, del salario, degli scioperi, del credito nelle

(1) Si vedrà che il diritto è veramente un risultato della vita sociale nel suo combinarsi con l'individuale. Una protezione dell'individuo e della sua energia è utile al gruppo stesso cui egli appartiene: in ogni diritto sociale v'è del diritto individuale e così viceversa. Cfr. Kohler *Rechtsphil. und Universalg.* nella ed. da lui curata della *Encicl.* dello Holtzend, §§ 1., 4, 16, 51. E bene osserva lo Jellinek, *Das Recht des mod. Staat.*, I, 2.ª ed. Berlin 1905, pag. 372, che ogni diritto privato è diritto sociale e che perciò tutti i tentativi per interpolare un diritto sociale come parte a sè del diritto, fra diritto privato e pubblico, sono caduti. Ma quando tali idee diverranno comuni a tutti, non a fior di labbra, bensì con piena visione dell'argomento? Io temo assai che qualsiasi concezione formale del diritto, spostata dalla cerchia legittima del giurista in quella della filosofia, nuoccia al cammino di quelle idee.

sue varie forme (1). I civilisti non si scossero a queste aspirazioni generose; ma tuttora indetermi nate: alcuni espressero egregiamente la loro riluttanza a tal precoce piano di riforme (2). Invero se anche v'è già una dottrinale trattazione dei ricordati argomenti da aggiungere al codice, si può dire che le teorie, spesso straniere, rispondano ai bisogni nostri? Sarebbe d'uopo anche dimostrare che tutti quanti i rapporti giuridici nostri son retti omai da norme discordanti dalla realtà e dalle aspirazioni della coscienza popolare; il che sembra assai difficile. Mentre poi la sociologia è ancora nascente ed ha confini molto discussi (§ 37), sarebbe che strano potesse avere digià tanta efficacia, fuori della sua cerchia immediata. Nè, a dir vero, i saggi anche più recenti di un'esposizione dei principî sociologici del diritto privato son tali da presentare un prospetto di pratiche riforme del diritto privato (3),

(1) L'amico e collega Vadalà Papale dell'Università di Catania iniziò la bella campagna con varie monografie. Poi il compianto amico E. Cimbali pubblicava l'ardito libro *La nuova fase del dir. civ.*, Torino 1885. V. anche D'Aguanno, *La gen. e l'evoluzione del dir. civile*, etc. con pref. del Chironi, Torino 1890.

(2) Cfr. Melucci *Met. e quest. di dir. civile* etc., Torino 1884; Polacco, *La funz. soc. dell'od. legisl.*, Camerino 1885; Chironi, *Soc. e dir. civ.*, Torino 1886. La solenne ricorrenza del centenario del codice Napoleone ha dato occasione a molti scritti d'insigni giuristi francesi (come il Sorel, il Saleilles etc.) e stranieri per vedere quali riforme siano da apportare ad esso. Orbene, la spregiudicata e dotta requisitoria che si può leggere con grande profitto nel *Livre du centenaire*, Paris, 1904, non è davvero sfavorevole a quel codice e mostra come si possa facilmente ammodernare.

(3) V. ad es. R. de la Grasserie, *Les princip. sociolog. du droit civil*, Paris 1906.

Meglio le veggono i civilisti non ignari di scienze sociali quando fanno un esame spregiudicato dei singoli institutti. Molto dobbiamo attendere appunto dalle scienze sociali.

Ciò che non dette ancora la teoria, fuorviata non di rado dall'illusione di una totale riforma immediata del diritto privato, ben si ottenne in pratica con leggi speciali d'indole sociale (1), e in svariati, ma importanti argomenti della cerchia del diritto privato con l'assoggettarli sempre più al benefico impero di un ramo del diritto pubblico: l'amministrativo (§ 23). I civilisti cominciarono ad accorgersene affermando che tutto il diritto civile non è compreso nel codice (2). Poi si giunse a dire francamente che una questione di diritto civile si può bensì discutere nella scuola dall'aspetto del diritto civile, non già nella realtà della vita. Monca è la soluzione se non si considera la tutela di certi generali interessi affidata a leggi amministrative (3). Le quali modificano, limitano e possono anche annullare o sospendere le facoltà comprese nei generali concetti del diritto privato. Si pensi ai diritti

(1) Come presso di noi in Italia.

(2) Cfr. Gabba, *Prolus. al corso di dir. civ.* (*Arch. giur.*, XXXIX, 1888, pag. 517-538).

(3) Cfr. Alvarez, *Une nouv. concept. des études jurid. et de la codif. du droit civil*, Paris 1904, pag. 119 e seg. Secondo questo autore tutti i rami del diritto, che ora studiano e regolano uno dei diversi aspetti dei rapporti giuridici, dovrebbero essere concentrati in un ramo unico e principale di diritto positivo. Ma non si perderebbe così il vantaggio odierno della divisione del lavoro e quello di lasciare a ciascun studioso di seguire le proprie attitudini? Per me, ripeto, la sintesi non si deve cercare nelle leggi o nei casi; ma nella mente del giurista.

sulle stesse acque che pel codice sembrerebbero private; agli obblighi di bonifica e di rimboschimento di certi fondi; alle norme sulle industrie pericolose e insalubri e a tutte le altre della legge sanitaria. Non è il semplice concetto di una polizia che previene o rimuove gli ostacoli alla legge per l'ordine pubblico. Piuttosto la legge stessa allarga la sua cerchia, sia o no connessa a quest'allargamento una speciale giurisdizione (§ 23); nuovi rapporti giuridici si formano o si amplia il regolamento giuridico dei tradizionali rapporti di diritto privato. Il civilista si lagna che così riducesi il diritto ad una selva selvaggia; eppure la varietà delle norme non nuoce all'unità del sistema che, in ogni tempo, è opera della mente del giurista addottrinato.

Il diritto privato è ancora una grande categoria di norme che ha per immediato oggetto i beni e le facoltà che vi spettano agli individui; ma scema di giorno in giorno la loro autonomia; cresce il numero delle norme inderogabili; i rapporti giuridici assumono una nuova figura in cui non si deve distinguere ciò che deriva dalla volontà e ciò che ad essa è imposto per l'interesse pubblico. Tutte sono norme del nostro ordine giuridico (1). Forse così, senza che ce ne accorgiamo o ce ne spaventiamo, muta la sostanza stessa dei vecchi instituti (2).

---

(1) Cfr. le mie. *Ist. di dir civ. it.*, § 62.

(2) Non a torto alcuni economisti osservano che in fatto la distanza fra la proprietà collettiva e l'individuale è omai assai men grande che in teoria. Ed è torto marcio di alcuni filosofi del diritto, assorti nei loro docili schemi ideali, di trascurare queste reali mutazioni cui assistiamo di giorno in giorno.

§ 20.

Le cattedre universarie attinenti al diritto privato.

Non si può fare ormai una recisa distinzione fra corsi d'insegnamento puramente positivo ovvero esegetico e altri di carattere storico e filosofico. Anche l'insegnante di un diritto positivo sale a considerazioni storiche e filosofiche; lo storico del diritto deve mostrarsi filosofo e giurista; il filosofo del diritto, che non sia un giurista, turba la mente degli scolari, anzichè illuminarla (1). Questo carattere misto di interpretazione, di storia, di filosofia offrono gli svariati corsi delle nostre università, i quali risguardano direttamente il diritto privato. L'appellazione dei principali fra essi ha un'origine storica nel modo in cui dividevansi le cattedre nei nostri antichi Studi secondo le parti del *Corpus iuris* (2). Si comincia dallo studio del diritto romano giustinianeo nel corso di *Istituzioni di dirito romano*, perchè appunto quel diritto fu accolto quale comune dai popoli d'Europa e servì di base alla legislazione italiana dei secoli scorsi; poi alla codificazione francese, madre dei primi codici italiani e del vigente. Se lo studio del diritto romano ha uno scopo scientifico (che lo fa essere base dell'insegnamento giuridico anche nei paesi men toccati dalla influenza romana, come l'Inghilterra

(1) Cfr. le mie cit. note: *Nel regno della filos. del dir.* pag. 64 e seg.

(2) Cfr. ad es. il mio libro: *La scuola padov. di dir rom. nel sec. XVI*, pag. 48.

e l'America) (1) per noi ha pure uno scopo pratico. Il gius romano è un precipuo fattore del nostro diritto. Ma noi esponiamo le istituzioni di diritto romano secondo le dottrine del periodo giustinianeo perchè, accolte nel Digesto, passarono col *Corpus iuris* dalla civiltà medioevale alla moderna; dobbiamo subito premunire la mente dei giovani contro l'equivoco che il diritto giustinianeo sia tutto opera di Giustiniano, un monumento dell'età sua. È invece il risultato di un lento e continuo svolgimento attraverso lunghi secoli, nei quali a poco a poco le istituzioni si trasformarono, si ampliarono divennero più umane, più logiche, meno rigidamente nazionali e la scienza del diritto privato si combinò in un completo corpo di dottrine. L'ampio periodo stendesi dalle origini della città a Giustiniano; studiarlo è compito della *Storia del diritto romano,* la quale procede armonicamente con le *Istituzioni di diritto romano* e potrebbe fors'anco esser premessa con vantaggio a queste. Oggi essa si è rinsanguata con una nuova fonte: i papiri greci d'Egitto (2). Il diritto romano è strettamente connesso con la vita stessa dei Ro-

---

(1) Mi limito a citare la testimonianza del Sumner-Maine negli *Études sur l'hist.* (trad. de Kerallain), Paris 1889. Il 3.º è intitolato *Le droit rom. et l'education juridique.* Ivi dice, pag. 404, che «il diritto rom. è per divenire la *lingua franca* della giurisprudenza universale» e ne raccomanda lo studio anche agli Inglesi, dacchi concetti di quello «già entrano nei sistemi giuridici di quasi tutta l'Europa e di una gran parte dell' America ». Lo crede necessario per la codificazione inglese. Ivi, p. 409.

(2) Cfr. la mia nota: *I papiri greci d'Egitto e la storia del dir. rom.* (*Atti Ist. ven.,* LXI, 2, 1901-2, pag. 807 e seg.).

mani, sì diversa dalla nostra; non si possono comprendere certe norme e allusioni di quello senza conoscere il calendario, la distinzione fra *dies fasti* o *nefasti*, il modo di tener le assemblee, di pubblicare le leggi, ecc. Onde può essere opportuno un corso di *Antichità giuridiche romane* che serva di complemento alla storia del diritto romano, la quale, senza, divagare in minuzie, deve colpire le vere e proprie mutazioni degli istituti giuridici.

Nè bisogna arrestarci qui; fra le compilazioni giustinianee e il codice nostro intercede un lunghissimo periodo; non si può davvero pensare che il diritto romano di sbalzo sià passato da quelle in questo senza modificazione alcuna. Come si potrebbe credere che il diritto si fosse trasformato e modificato sì fattamente dalle dodici tavole sino a Giustiniano, e poi, quasi suonata l'ora suprema, si fosse chiuso in una sepolcrale immobilità quando pure sorgeva una civiltà novella? Allorchè le collezioni giustinianee passarono in Occidente, incominciò quella loro esegesi, che doveva fiorire nella scuola di Bologna e negli altri nostri Studi; l'esegesi non solo spiegò il testo ma lo adattò ai nuovi tempi, lo cementò con principî giuridici penetrati mediante popoli stranieri, quali i germanici, nella vita italiana. Idee nuove vennero così a contatto del diritto romano. La Chiesa cercò dapprima di opporsi all'urto delle invasioni barbariche, conservando dovunque potè la tradizione giuridica romana; mossa da certe sue equità, volle pur tentare una modificazione del diritto romano in quelle parti in cui sembrava troppo rigido ed offensivo della morale. Scaturì così dalla Chiesa un diritto, che si dice canonico (§ 28), dai canoni dei concilî e dalle decretali dei papi. Esso ebbe efficacia sul

diritto italiano e sull'aspetto di talune dottrine romane. È necessario un corso che mostri questi nuovi fattori giuridici che si unirono al diritto romano; tale è l'ufficio (qui pel diritto privato, come sotto altro aspetto pel diritto pubblico) del corso di *Storia del diritto italiano* a cui può servire di complemento la *Esegesi delle fonti del diritto barbarico.*

Ma la storia del diritto italiano può talora pur troppo restare monca, se il professore, incalzato dall'abbondanza della materia, non si arresta ad esaminare tutti i fattori storici del diritto italiano, generalmente limitandosi a mostrare gli istituti giuridici come sono formolati nelle leggi e negli statuti o modificati dal diritto canonico. Vi è un altro fattore da porre in rilievo; il contributo arrecato al patrio diritto dalle grandi scuole di giurisprudenza fiorite tra noi. Oggi l'università è segregata dalla vita sociale, non ha alcuna o ben poca efficacia sulla legislazione e sulla giurisprudenza del foro. Invece in altri secoli le dottrine insegnate nelle scuole passavano facilmente nei tribunali, nelle famose Rote, fra cui celebri la romana e la fiorentina. Già fino dagli antichi tempi i professori avevano uffici pubblici, come giudici o come magistrati; erano inoltre consulenti e patrocinatori famosi. A Padova, come altrove, i grand professori venivano tuttodì consultati da privati, da repubbliche, da principi intorno ai casi più importanti della vita pratica (1). Appartenevano perciò di diritto ad un collegio che dicevasi il *sa-*

(1) Cfr. il mio cit. libro su *La scuola padovana di dir. rom. nel secolo XVI*, pag. 46.

cro collegio dei giuristi. È naturale che l'insegnamento teorico-pratico del diritto dentro le università avesse un'efficacia immediata sulla quotidiana giurisprudenza e giovasse a modificare gli istituti giuridici. Molti articoli del codice sono derivati da teoriche e *cautelae* di grandi legisti. Perciò nell'esaminare i fattori del diritto italiano, non si può dimenticare quest'opera dei legisti e delle loro scuole; il che vien consigliato pure da amor di patria, poichè dall'Italia partì la luce del diritto. La lacuna è supplita da un corso di *Storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri* (1). L'argomento, sino a qui trascurato, torna in onore fra noi per una nuova inclinazione a questi studî: già vi sono importanti monografie sulla scuola bolognese, intorno a l'uno o l'altro giureconsulto e all'efficacia della scienza sullo svolgimento del patrio diritto.

Continua lo studio del diritto romano molto ragionevolmente in un corso che si dice di *Pandette.* La distinzione tra il corso di Istituzioni e quello Pandette rimonta almeno al secolo decimosesto (2). Furono i Romani i più grandi giureconsulti del mondo e combinarono in un vero sistema le massime giuridiche; si vuole perciò che il giovane approfondisca almeno talune speciali dottrine e discopra il segreto di tale sistematica. Questo è il

(1) Nel quale io considero specialmente l'Italia secondo il *Disegno* citato sopra, p. 9, nota 1, e mi sforzo da lunghi anni di convertire la storia letteraria del diritto romano in una storia dei dogmi del diritto civile italiano.

(2) Cfr. il mio libro *La scuola pad. di dir. rom.*, pag. 54: per l'Università di Siena, Rossi, La *prima catt. di pand.*, negli *Studi scient.* in on. di L. Moriani. II, pag. 39-62.

metodo comunemente seguito fra noi all'opposto del tedesco, per cui nel corso di *Pandette* si espone tutto il diritto romano più ampiamente che in quello d'*Istituzioni*. Le *Pandette* possono essere insegnate in modo esegetico o in modo sistematico. Per secoli i corsi di diritto romano furono esegetici; oggi prevale il metodo della esposizione sistematica; per avvicinare gli studiosi alle fonti e far loro acquistare pratica del *Corpus iuris civilis* si aggiunge un corso di *Esegesi delle fonti del diritto romano*. Essa induce una grande familiarità col preciso linguaggio romano che è ancora il tecnico: con quella terminologia che stupendamente il Sumner-Maine disse « stenografia della giurisprudenza » (1); abitua ad una pronta discussione delle questioni giuridiche e insegna, per quanto è possibile, ad applicare i principî giuridici ai casi pratici: dove dicemmo consistere uno dei migliori e più difficili pregi del giurista (§ 13). Nella esegesi delle fonti (contribuì molto a farla rifiorire tra noi Filippo Serafini) dobbiamo recare un beninteso spirito di libertà d'esame senza trascurare tuttavia il soccorso dei più riputati interpreti (la *Storia letteraria* testè descritta li presenterà utilmente riuniti in scuole) e guardandoci insieme dal voler piegare forzatamente i testi a vedute nostre o facendo loro dire sempre qualche cosa di nuovo per un dannoso desiderio di originalità, incompatibile con la interpretazione di un diritto positivo. Fino a pochi anni or sono si esagerò nel voler conciliare fra loro tutti i passi del *Corpus iuris*; oggi si asseriscono facilmente inconciliabili e guasti da interpolazioni dei compilatori giustinianei (2).

---

(1) *Études* cit., pag. 409.

(2) V. la mia nota *Met. e tend. presenti negli studi di dir. rom.* (*Atti Ist. ven.*, LXV, 2, 1905-6, pag. 621 e seg).

Al corso di *Istituzioni di diritto romano* fa riscontro quello d'*Istituzioni di diritto civile* (1). Era ardentemente desiderata dai cultori del diritto civile ed anche dai romanisti la introduzione di un corso di tal genere. Dallo studio delle *Istituzioni di diritto romano*, delle *Pandette*, della *Storia del diritto italiano*, si passava, fino a pochi anni fa, a un corso di *Diritto civile*. In questo l'insegnante, per la vastità della materia, non potendo esporre il diritto nostro tutto intiero, deve necessariamente limitarsi, durante il biennio, a talune dottrine o parti che dir vogliamo. Si presentavano qui due inconvenienti. Delle altre parti del diritto civile niente si sapeva; quando l'insegnante, come è naturale, le avesse accennate per le relazioni con l'argomento da lui trattato, doveva, aprendo lunghe parentesi a danno della euritmia delle lezioni, darne almeno qualche fondamentale nozione. Si aveva inoltre la mancanza totale di preparazione nei giovani per un corso di *Diritto civile*, che, insieme con quello di *Diritto commerciale*, deve presentare ad essi tutto il nostro diritto privato in quell'elevato aspetto in cui si offre a loro il romano nelle *Pandette*.

Invero l'insegnante di *Istituzioni di diritto romano* doveva esporre nel breve giro di un anno la storia del diritto romano fino a Giustiniano, il diritto giustinianeo e fare un confronto di questo col codice civile italiano per ammaestrare elementarmente i giovani nell'odierno diritto. Così la molteplicità dei compiti rendeva impossibile la loro esecuzione, e il confronto fra il diritto romano e il codice civile riusciva nella maggior parte dei

(1) Cfr. le mie *Ist. di dir. civ. ital.*, § 1.

essi erroneo o imperfetto. Quando anche un articolo del codice nostro riproduca esattamente la frase del diritto romano, spesso avviene che lo spirito animatore del principio romano sia differente da quello della legge nostra; è necessario assegnare il giusto valore alle singole parti nell'intiero sistema ed ogni popolo ne ha uno nel proprio diritto. Si può ad esempio fare un paragone tra la dottrina romana dello *status* e quella nostra dello *stato civile?* Così le limitazioni della proprietà, che pure non mancavano in Roma, si possono paragonare con la dottrina delle servitù legali del nostro codice? Si pensi anche che nel diritto nostro trovansi parti le quali non figurano nel diritto romano: per esempio l'istituto della trascrizione e la pubblicità delle ipoteche. In mancanza di meglio si riproducevano (ognun vede con quanta eleganza!) in appendice ai manuali di Istituzioni di diritto romano (1).

Nè dall'aspetto generale della storia della giurisprudenza italiana è meno biasimevole abituare i giovani all'idea che immediatamente da un frammento del Digesto o da una costituzione imperiale la norma giuridica sia passata in un articolo del nostro codice, stendendosi invece fra questi due momenti storici quella vasta e multiforme operosità scientifica che sopra accennai. Fu dunque molto vantaggiosa sotto ogni riguardo la introduzione di un corso d'*Istituzioni di diritto civile* per offrire ai giovani una esposizione elementare di tutto quanto il diritto civile patrio (derivi esso

(1) Così ad es. nelle pregevoli *Istit. rom.* del Doveri, Firenze, 1866, cinque appendici contengono materie di codice civile omesse nel corso.

da codici o da leggi speciali) e fornire il loro intelletto di nozioni elementari: delle quali faranno tesoro nella scuola di *Diritto civile e commerciale*. Le *Istituzioni di diritto civile*, esposte in un ordine rigorosamente sistematico e con piena padronanza della materia, agevoleranno la costruzione di quel sistema di diritto civile italiano che deve esser la meta dell'odierno rinnovamento della giurisprudenza presso di noi.

§ 21.

Il sussidio della medicina legale allo studio ed alla interpretazione del diritto privato.

Sarebbe sommamente utile che il giurista fosse addottrinato nelle scienze biologiche, e specialmente nella fisiologia che può illuminare di viva luce la trattazione di alcuni dei nostri fondamentali problemi (1). Ma la mente umana non è atta ad abbracciare che una ristretta cerchia di cognizioni: e le odierne scienze si dividono e suddividono. Per la media dei giuristi conviene dunque appagarci di un corso di *Medicina legale o forense* tenuta in pregio sin dal secolo decimottavo e durante il fiore del diritto naturale (2). Ben si com-

(1) Ad es. l'incontentabilità della sensazione risponde all'incontentabilità della psiche (cfr. § 15). Le società umane sono organismi studiati anche dal fisiologo.

(2) Si veda il discorso in italiano di A. O. Goelicke, *I meriti dei medici nella Giurisprudenza*, Giena 1744. Si deve al Tomasio di aver introdotto nella giurisprudenza forense la docimasia polmonare. Blumenstok, *Zur 200 jhr. Jubiläum der Lungenprobe* (*Vjschr. f. ger. Med*, 1883, XXXVIII).

prende che anche questo ramo delle scienze mediche si è liberato di molti pregiudizi (1) e, ridotto ai suoi giusti confini, ha dignità novella.

Qualunque sia il rapporto che vogliasi statuire fra l'idea e l'organo, tra l'intelletto e il corpo, certo si è che il diritto, come attuazione di facoltà individuali, suppone una condizione normale dell'organismo umano: con la maturità di questo raggiunge il suo completo svolgimento, con le anormalità che quello colpiscono, è soggetto a modificazioni e restrizioni. Inoltre, appunto pel misterioso legame del corpo con lo spirito, le leggi civili hanno problemi che, per l'uno aspetto giuridici, per l'altro son di competenza del medico. Il che sembra naturale a noi che crediamo alla connessione di tutti i fenomeni umani e desideriamo sorgere alla contemplazione della loro sintesi.

Nel diritto privato pertanto la medicina legale (2) interviene a decidere se ricorra il requisito della vitalità del parto tuttora richiesto dalle nostre leggi. Da questo requisito della personalità passando a considerare la capacità di agire si allarga il compito del medico legale. Egli solo può determinare qual sia il provvedimento d'interdizione o d'inabilitazione opportuno per una persona. E chi può, da esso infuori, determinare la libertà del volere negli atti giuridici anteriori all'interdizione, specialmente nelle disposizioni di ultima volontà? Esso ci illu-

(1) Chi non legge sorridendo il capitolo dei mostri in qualche antico trattato, come quello del Teichmeyer con note dell'italiano Faselli, *Inst. med. legal.*, Florent MDCCLXXI, cap. XIII?

(5) Cfr. A. Tamassia, *La med. forense nei nuovi reg. univ.* (*Atti Ist. ven.*, 1902, pag. 481 seg.).

minerà sulla suggestione naturale magnetica (1), che, sebben trascurata dal Codice, vi entra per interpretazione e si presenta a noi nelle più svariate e insidiose forme. Spetta al medico legale d'illuminarci, nel caso pratico, sulla capacità di contrarre matrimonio; sulle infermità di mente che possono esser di ostacolo a concluderlo e su certe cause di separazione dei coniugi o anche di nullità di quello.

La gravidanza della donna e tutte le delicate questioni attinenti alla filiazione della prole chiedono pure il sussidio del medico legale. Infine in molti casi di valutazione del danno recato alle persone è necessario il parere di lui. Dove poi occorrono perizie civili, esse dovrebbero essere assoggettate, a tutela dei grandi e gelosi interessi cui provvedono, allo stesso ordinamento delle perizie penali (2).

§ 22.

Il diritto pubblico come scienza e come oggetto d'insegnamento.

È notissima la definizione romana: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat..... publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* (3). Qui lo *status rei Romanae* in antitesi all'*utilitas singulorum* dell'*ius privatum* (§ 19)

(1) Gilles de la Tourette, *L'hypnot. et les états anal. au point de vue médico-legal*, avec pref. de Brouardel, Paris 1887.

(2) Cfr. Polacco, *Note sulle perizie civ. comp. alle pen.* (*Atti Ist. ven.*, LIX, 1899-900, pag. 303 e seg.).

(2) § 4, I, *de iust. et iur.*, 1, 1; l. 1 § 2 D. *de iust. et iur.*, 1, 1.

ci richiama a considerare l'ordinamento politico della civil società e gli organi o instituti di cui è formato e mediante cui agisce ed opera. Tale idea durò nell'età romana e greco-romana a traverso tutte le politiche mutazioni dello Stato (1). Ma non si attuò in una scienza del diritto pubblico che si staccasse mai dalle regole dei riti religiosi e dei sacerdozî o dalla pratica delle magistrature, sebbene l'istituzione e il coordinamento di queste mostri il senno politico dei Romani. Di *ius publicum* trattarono non pochi dei sommi giureconsulti del diritto privato, più per la pratica che per una vera scienza (2). E *ius publicum* e *ius privatum* rimasero confusi, prevalendo nondimeno questo nelle collezioni giustinianee.

Il legista dell'età di mezzo si credette autorizzato a trattare così una questione tra privati, come fra l'imperatore e il pontefice, e a dar pareri in contese tra principi e repubbliche. Ma questa casistica di gius pubblico, sebben colorata da teorie politiche importanti, restò chiusa nei concetti fondamentali del diritto privato (§ 2), non approdò ad un diritto pubblico nel senso nostro. Ammirevoli erano gli ordinamenti politici di alcune città; ma li aveva suggeriti e li manteneva un sagace istinto pratico, più che la riflessione dei dotti. Le idee che dovevano cooperare validamente alla formazione dell'odierno diritto pubblico fiorivano rigogliose piuttosto tra teologi, filosofi, politici che nella scuola. E più che rispondere alla pratica, si accennavano non di rado in opposizione a questa:

(1) Basil., 2, 1, 1 sch. περὶ (Heimb., I, pag. 34-35)

(2) Cfr. Rehm, *Gesch. der Staatsrechtsw.* (Freib. i. B., 1896, pag. 141-155).

utile ammonimento a chi nega l'efficacia di dottrinali trattazioni che sembrino ripugnare ad ogni attuazione. Si chiamò a poco a poco *ius publicum* un diritto in formazione (§ 15); ciascuna età, ciascuna scuola lo costruì giorno per giorno con le proprie tendenze e i proprî difetti.

Le discussioni variarono secondo il bersaglio da colpire: predominano ora le declamazioni contro gli ottimati, ora contro il tiranno; spesso è esaltata la sovranità del popolo. Bisognava infatti abbattere un ordinamento politico fondato sulla negazione dei concetti fondamentali del diritto pubblico moderno. Pensate, o giovani (sovente immemori dei dolori della patria), che ancora l'infausto congresso di Vienna nel 1815 ammetteva essere assoluta la potestà dei monarchi; non avere il popolo diritti nè superiori ad essi, nè eguali; impersonarsi lo Stato nel monarca; ogni libertà popolare esser largizione e munificenza del principe e poterla revocare ed annullare a ogni rivolta, comunque accaduta! (1). Queste condizioni ripugnavano ad un diritto cui si assoggettasse il principe stesso.

Soltanto la viva discussione dottrinale e la critica entusiasta poteva guidare i precursori dell'odierno Stato e del nuovo diritto, preparato dalla filosofia del secolo decimottavo, come l'entusiasmo e il coraggio guidavano i soldati della patria sui campi di battaglia. Col sangue fu scritto l'odierno rinnovamento politico e sociale, purtroppo calunniato oggi da superficiali osservatori come una ri-

(1) Così formolava queste turpi massime nel 1895 il Mamiani, *Di un nuovo dir. europ.*, c. XIX, per opporne altre, che oggi sembrano assiomi della massima evidenza

voluzione a favore di una classe. A mano a mano che lo Stato sottometteva a norme di legge certi punti del proprio ordinamento e si riconoscevano solennemente negli statuti o, come si diceva, nelle costituzioni certi diritti del popolo, nasceva un vero e proprio gius pubblico con i caratteri che al diritto convengono (§ 14).

Ma, fuor di quei punti, restarono molti altri rilasciati alla dottrina, alle consuetudini, alla pratica. Le relazioni strettissime fra le idee politiche e l'ordinamento dello Stato produssero e producono una continua oscillazione nel diritto pubblico; il quale si era formato così più con un'incoerenza di dottrine frammentariamente ridotte in legge, che con una continuità storica pari a quella del diritto privato. La storia fu infatti invocata a guida del diritto pubblico dagli stessi giuristi della scuola del diritto naturale (p. 41, n. 1); ma niun effetto ne derivò: tanto più che il passato parve storia di abominio politico, e la scuola storica fu fraintesa come consacrazione di ogni tirannide (p. 53). Noi trascuriamo tuttora a torto questa storia del diritto pubblico che pure entra nel corso di *storia del diritto italiano* e che già, nel poco che ne conosciamo, ci offre inaspettati esempi di mirabili istituzioni. Ma non per questa bontà soltanto di alcuni antichi istituti, bensì per la continua relazione tra ogni categoria di norme giuridiche e le condizioni reali (§ 9), noi dobbiamo tenere in pregio anche nel diritto pubblico la ricerca storica. Ciò senza esagerare il concetto della evoluzione uniforme (§ 6) neppur qui, dove per le guerre, per le dominazioni straniere e per le stesse alleanze e amicizie internazionali sono anche più frequenti gl'innesti di straniere idee che acquistan cittadinanza.

Basi immediate del diritto pubblico sono il territorio e il popolo; il popolo di un periodo storico con le sue opinioni, le sue credenze, i suoi pregiudizi, il suo grado di moralità privata e pubblica, e qui si potrebbe spingere l'analisi fino ai più minuti particolari. Già sino dai tempi di Montesquieu si dava importanza a studiare l'efficacia del clima, della natura del terreno, della religione, della morale e di svariate altre circostanze sulle leggi della politica costituzione dei popoli (1).

Intanto prima ancora che l'odierno diritto pubblico avesse assunto una precisa figura e si fosse circoscritto in ben determinati confini e mentre proprio anelava a fissarli, gli si fece innanzi la sociologia (§ 37). Essa, reclamando come scienza delle scienze sociali una revisione della cerchia di ciascuna disciplina e affermando un concetto sociologico dello Stato (2), portò nuovi dubbi e nuove contese nel diritto pubblico. In questo fu ben detto tutto essere controverso: il metodo, il piano, lo scopo della ricerca (3). La sociologia si era schierata anche contro il diritto privato (§ 19); ma qui trovava ad un tempo un sistema completo ed una certa maggior possibilità di far penetrare nuovo contenuto nei generali schemi di esso. Nel diritto pubblico parve voler tutto sovvertire e negò totalmente la possibilità di conservare certe formole giuridiche che i giuspubblicisti ritenevano intangibili (ad es. la sovranità popolare, la origine natu-

---

(1) *Esprit des lois*, liv. XIV-XXVI.

(2) Cfr. Gumplowicz, *Die Sociol. Staatsidee*, 2.ª ed., Innsbruck 1902. Lo Stato sarebbe il potere e niente più; il predominio d'un gruppo sociale.

(3) Jellinek, *Das Recht des mod. St.*, I Vorr., p. V.

rale, e la personalità giuridica dello Stato, ecc.). Possiamo pertanto distinguere due principali tendenze che si dividono il campo nel diritto pubblico: la tendenza sociologica o politico-storica o realistica e la tendenza giuridica. La prima afferma non esser possibile costruire l'edifizio del diritto pubblico senza lo studio della realtà sociale affidato alla sociologia; la seconda crede possibile una dogmatica a sè o, qualora così piaccia dire, un sistema di norme di diritto pubblico combinate dal giurista con quel tecnicismo che trionfa nel diritto privato (§ 13). Ciò indipendentemente dal problema se un numero maggiore o minore di figure del diritto privato si possano trasportare nel pubblico. Sembra che, meglio determinati i giusti limiti di queste opposte pretese, si vada ora attuando fra le due principali tendenze una opportuna conciliazione. La quale nondimeno non può esser utile se non se ne stabiliscono nettamente le basi (1).

(1) L'Italia figura degnamente in questa bella controversia. Cfr. Orlando, *I crit. tecnici per la ricerca del dir. pubbl.* (*Arch. giur.*, XLII, 1889 pag. 107 seg.); il cit libro del Vacchelli, *Le basi psich. del dir. pubbl.*; De Majorana, *La conc. giur. delle scienze di Stato*, Roma 1899; Chimienti, *Istit. polit. e dir. cost.*, Roma 1900 e su questa prel. l'importante rassegna del Rossi (*Riv. it. p. le scienze giur.*, XXXI, 1801 p. 229 seg.); Bartolomei, *Contrib. alla domm. del dir. pubbl.*, Roma 1902, *Diritto pubbl. e teoria della conosc.* (*Ann. della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Perugia*, S. III, I, 1903); *Su alcuni conc. del dir. pubbl. gen.*, I, Sassari 1905; Forti, *Il realismo nel dir. pubbl.*, Camerino 1903, *Il conc. dello Stato*, etc. (*Il Filangieri*, 1902); Siotto-Pintor, *I crit. dirett. di una conc. real. del dir. pubbl.* (cit. *Ann. di Perugia* del 1905); Ferracciù, *Il dir. cost. e le sue zone grigie* (*Ann.* cit.) Napodano, *Il conc. giur. e il conc. soc. dello Stato* negli *Studi* in on. di C. Fadda.

Se qui pure, come per il concetto della giurisprudenza (§ 17), chiediamo alla storia in qual modo siasi formato il diritto pubblico ne avremo grande vantaggio. L'abbiamo detto. Esso nacque da una filosofica considerazione della civil società guardata soprattutto dal suo politico aspetto: da una politica più o meno astratta ed ipotetica che si poneva in contrasto con la realtà delle cose e con gli ordinamenti giuridici del tempo. Ma la dottrina, la discussione teorica, tendeva a farsi sistema di norme giuridiche, precisamente come ogni diritto in formazione (§ 15) tende a divenire diritto attuato. Il primo passo verso quest'attuazione si ebbe nel diritto naturale quando si staccò dalla teologia, dalla filosofia, dalla morale per divenire scienza giuridica; nella filosofia del diritto quando incominciarono i tentativi per darle carattere giuridico, togliendola di mano ai puri filosofi. Un eguale fenomeno ci si presenta nel diritto pubblico (1), quanto più da politica si muta in diritto. La tendenza sociologica e la giuridica non rappresentano che « due punti di vista diversi nella considerazione del diritto, punti di vista i quali sono ambedue legittimi » (2). Il diritto pubblico come scienza giuridica deve essere anzitutto una logica dei concetti

---

(1) Giusta osservazione del Bartolomei, *Dir. pubbl. e teoria della conosc.*, pag. 92, n. 1.

(2) Cfr. il Bartolomei, loco cit., pag. 99 seg. Egli aggiunge: «ma che nulla hanno a vedere l'uno con l'altro, giacchè mirano a soddisfare a bisogni e finalità diverse». Parole che forse dicono troppo. Anche lo Stato nel suo completo aspetto dev'essere ravvisato come fatto sociale e come concetto di diritto. Cfr. il buon trattatello del Seydler, *Das jurist. Kriterium des Staates*, Tübingen 1905.

giuridici giuspubblicistici (1), a quella guisa che il diritto privato è anzitutto una logica dei concetti che gli convengono. L'indagine sociologica dello Stato spetta come compito a sè ad un'altra disciplina, che può esser una ben intesa filosofia del diritto o un ramo della politica (§ 33) o della sociologia. Tutta infatti la giurisprudenza si è divisa e suddivisa senza che cessino i legami naturali fra un ramo e l'altro. A favore poi della distinzione del diritto pubblico dalla sociologia dello Stato militano pure una ragione di logica delle scienze (2) ed una ragione che si può dir pratica.

La logica come spiegazione di certi procedimenti della mente umana, la quale volge alla conquista del sapere e lo fa fruttare, è necessaria per comprendere sì la formazione, sì la distinzione delle scienze. Ogni scienza non è che un'astrazione di un lato dei fenomeni; la logica spiega e dirige quest'astrazione, non crea però il contenuto di quella. Ciò deve esser sempre tenuto presente per non esagerare il valore di tale astrazione (cfr. p. 25). Il diritto pubblico è formato mediante astrazione di quelle relazioni dello Stato o, come vogliono omai dire, statuali, le quali possono assumere forma giuridica. Ma con ciò non si contesta in alcuna guisa la necessità di considerare lo Stato anche da altri aspetti nè si stabilisce una gerarchia fra questi, perchè è caduta ormai l'illusione della preminenza del fenomeno giuridico (§ 5). Ascrivendo valore di

(1) Laband, *Das Staatsr. des deutsch. Reich.*, Vorr., p. X; Bartolomei, *Contr. alla domm. del dir. publ.* pag. 2.

(2) Egregiamente lumeggiata dal Bartolomei nella monografia, *Dir. publ. e teoria della conosc.*, di cui faccio tesoro.

scienza alle sole discussioni sociologiche sullo Stato si ha press'a poco lo spettacolo di una filosofia politica che sta troppo in alto e di un'esegesi delle leggi politiche che sta troppo in basso perchè l'una o l'altra possa arrogarsi di rappresentare l'odierno diritto pubblico. Si ripeterebbe in altra cerchia un fenomeno che abbiamo osservato per la Grecia classica (§ 12). Anche nel diritto privato si partì da un'esegesi dei testi per giungere ad una logica dogmatica vivificata prima dalla critica filosofica e ora dalla sociologia, la quale offre al giurista il contenuto delle relazioni da lui analizzate e combinate in un logico sistema. Perchè non si può fare altrettanto nel diritto pubblico? (1). Non si deve ammettere un immoderato eclettismo che tolga intensità e autonomia alle due ricerche sociologica e giuridica pretendendo di fonderle insieme o confondendone i confini o nella trattazione scientifica o nei corsi didattici. Ma d'altra parte non si può neppur qui (cfr. § 13) negare al giuspubblicista la facoltà di sotteporre ad esame ed a critica le premesse del diritto pubblico positivo con l'aiuto che gli vien dal sociologo. Così soltanto si evita il pericolo di esagerare il valore della logica giuridica.

La ragione pratica a favore di una ben determinata scienza giuridica del diritto pubblico è quella stessa che richiede un'esatta formolazione del diritto privato. Le relazioni fra cittadini e Stato richiedono norme applicabili con la stessa precisione

(1) Allora veramente saranno eliminati quegli «elementi estranei» i quali ben dice il Chimienti, *Ist. pubbl.*, p. 14, «rimangono ostinati a turbare la figurazione giuridica degli istituti».

di quelle applicabili alle relazioni per individui, se anche la coattività delle norme può presentarsi in modo diverso (§ 14). Nel diritto pubblico non si deve temere neppur quell'irrigidirsi del diritto privato che fa desiderare maggiori poteri nell'interprete (§ 39). Le leggi politiche mutano più facilmente (§ 31) e son sempre completate da consuetudini che tuttodì lambiscono la cerchia giuridica. Noi dobbiamo farvele entrare costruendo un sistema di diritto pubblico. Una volta formato e finchè risponde alle condizioni sociali, è necessario lasciarlo vivere e agire per propria virtù logica e col bisogno continuo di una logica coordinazione di tutti i proprî congegni, senza che vi si frammettano criterî estranei. Ed estranei rimpetto al diritto attuato sono anche i criterî sociologici; i quali hanno invece una legittima funzione di critica e di preparazione del nuovo diritto da sostituire al vigente. Il rispetto a precise norme di diritto pubblico è garanzia di libertà per tutti: fuori di esse non vi è che l'arbitrio dei reggitori, quando pur si volesse nobilitare come criterio sociologico.

Prima di definire il diritto pubblico dobbiamo, da un aspetto strettamente giuridico, ripudiare la distinzione del diritto pubblico in interno ed esterno.

Soltanto il primo che richiama a considerare lo Stato in una determinata società civile (§ 10) è vero diritto, il secondo non è per ora in gran parte, che un diritto in formazione (§ 27). Definiremo pertanto il diritto pubblico un *sistema di norme che determinano l'ordinamento dello Stato e la sua azione nelle diverse relazioni giuridiche tra esso e i cittadini*. La genesi dello Stato e la scelta dell'una piuttosto che dell'altra forma di governo stanno

fuori della cerchia speciale del diritto pubblico (1), sebbene dall'essere ravvisata dal sociologo in un modo piuttosto che nell'altro se ne possano trar re notevoli conseguenze per l'ordinamento giuridico dello Stato medesimo (2). E considerando il diritto pubblico le relazioni di carattere giuridico (§ 13) fra lo Stato e cittadini, non esclude che altre ve ne siano e debbano esser considerate (§ 33). Tutta la vita politica e sociale dello Stato non si esaurisce nel suo diritto pubblico. Dicendo relazioni giuridiche fra Stato e cittadini si viene già a presupporre come essenziale elemento di ogni rapporto giuridico, che vi siano due subietti e che perciò spettino al cittadino dei diritti subiettivi verso lo Stato quale organo della sovranità (3). Il che è tanto più agevole a comprendere quanto più si medita sull'indole dello Stato moderno non fine a se stesso; ma istituto a servigio della società civile (§ 10).

La diversità di queste relazioni corrispondenti ad una diversa azione dello Stato pei suoi compiti

---

(1) Aristotele, *La polit.*, VI, 1, intese e formolò egregiamente questo punto dicendo che le leggi devono esser fatte per le costituzioni degli Stati, non le costituzioni per le leggi.

(2) Forti, *Il conc. dello Stato*, pag. 7. Ma quanto al punto capitale della personalità dello Stato, il Bartolomei, ebbene della scuola qui seguita, la nega: *Su alc. conc.*, pag. 46.

(3) Sarebbe qui fuor di luogo entrare in una più lunga analisi dell'arduo tema dei diritti subiettivi. Cfr. in specie per la loro posizione nel sistema del diritto pubblico la chiara ed elegante trattazione del Romano, *La teoria dei diritti pubbl. sub.* nel *Primo tratt. compl. di dir. amm. it.* dell'Orlando, I, pag. 117 seg. e D. Majorana, *La noz. del dir. pubbl. sub.*, Roma 1904.

giuridici (dipendenti anch'essi da un certo grado di civiltà) produce varî rami del diritto pubblico (1) insegnati ora da speciali cattedre che ad essi corrispondono (§§ 23, 24, 26). Ma nella distinzione hanno avuto efficacia piuttosto ragioni storiche che strettamente sistematiche. Talora la tradizione didattica e dottrinale ha fatto quasi perdere di vista il legame fra un certo ordine di norme e il concetto del diritto pubblico. Ciò avvenne del diritto penale, dapprima insegnato come parte del *Corpus iuris* (§ 24); poi spesso confuso col diritto privato dagli stessi filosofi giuristi della scuola del diritto naturale. In altri casi quel legame sfugge tuttora facilmente (§ 26). In altri la distinzione dei rami è tuttora discussa (§ 23). Talora una scienza politica ha attratto visibilmente a sè un ramo del diritto pubblico, come nella cattedra di *Scienza delle finanze e diritto finanziario* (§ 32 e). Ciò non farà meraviglia se si considera come la determinazione giuridica del *ius publicum* sia recente e come questo soggiaccia all'impero mutabile delle opinioni politiche e al nascente impero della sociologia.

Ci presenta pertanto il diritto pubblico un congegno d'istituzioni politiche, giudiziarie, amministrative, d'onde scaturiscono relazioni giuridiche fra lo Stato e i cittadini. Come nel diritto privato la mente del giurista considera gli istituti giuridici

---

(1) Già bene intraveduti da Arist., *La polit.* VI, 1, § 5 trad Barthél. « Les *lois*.... distinctes des principes essentiels et caractéristiques *de la constitution* (oggetto della politica) sont *la règle* du magistrat dans l'exercice du pouvoir, et dans la répression des délits qui portent atteinte à ces lois ».

quasi fossero viventi entità (§ 13), di tal dote si deve fornire il cultore del diritto pubblico sì da concepire lo Stato come un grande organismo, di cui ogni lato è connesso all'altro. Quel concetto di organismo che dal regno della natura fisica è passato nel regno delle idee, dalla evoluzione organica alla superorganica, è efficace anche qui: nè è pura astrazione della scienza; ma riflessione del vero. Lo Stato che riduce ad unità le classi sociali (§ 10) è un organismo, le cui diverse membra sono appunto istituzioni politiche, amministrative, giudiziarie: leganai esse tra loro e agiscono l'una sull'altra vicendevolmente come le parti del nostro individuo, sì che l'azione di quelle risulta da un consenso (come egregiamente i sociologi dicono della società) dei suoi organi (1). Se tra questi vi è dissenso, l'azione dello Stato non può apparire normale. Si credette in Francia già sotto il primo impero che si potesse fare un taglio netto tra le istituzioni politiche e le amministrative; che quest'ultime potessero esser liberali, fondate sul concorso degli individui e sulla indipendenza degli istituti locali dal governo centrale, le politiche invece mantenersi ciò malgrado vincolate a concetti opposti di dipendenza e di massimo accentramento. Il che è impossibile. Una tendenza prevalente in politica trae per necessaria conseguenza a vedute analoghe nell'amministrazione, come in altre branche: ad esempio nella giustizia. L'all...mento

(1) A ragione osserva il Ferraris, *Saggi*, cit., p. 32, nota 1, che anche i Comuni e le provincie oggi sono organi dello Stato da non considerarsi in antitesi a questo. Eppure si esagera per tale via anche nella pubblica finanza, rompendo il consenso degli organi dello Stato.

del voto amministrativo non è che un'inevitabile conseguenza del nostro sistema politico basato sul principio di libertà e di eguaglianza. Ognuno sa (il popolo stesso se ne accorge col suo buon senso) che la procedura dei tribunali è strettamente collegata alle istituzioni politiche di ogni tempo e alle stesse forme di governo (1).

§ 23.

Il diritto costituzionale e amministrativo.

Le cattedre di diritto pubblico filosofico, di cui anche i nostri dotti ben comprendevano l'importanza teorica e pratica (2), erano già state istituite in alcune università italiane prima della rivoluzione francese del 1789. Questa le favorì. Le tre università della repubblica cisalpina, Pavia, Bologna, Ferrara, ebbero cattedre di diritto costituzionale. Ferrara dette l'esempio: la cattedra istituita con decreto del 31 marzo 1797 dell'amministrazione centrale ferrarese si disse di *Diritto costituzionale cispadano* e, malgrado viva opposizione degli odiatori di novità, l'abate Compagnoni cominciò ivi le sue lezioni addì 31 marzo di quell'anno (3). In Piemonte sin dal 1715 il D'Aguirre, consigliere di Vittorio Amedeo II, era stato benemerito propugna-

(1) Cfr. già Montesquieu, *Espr.*, liv. VI, ch. 3-4.

(2) Il Muratori, *Della pubblica felicità*, c. 4, scriveva bastare la giurisprudenza giustinianea pel magistrato, non per essere consiglieri del principe, i quali dovrebbero ammaestrarsi nel gius pubblico, ampiamente trattato e insegnato in Germania.

(3) Morelli, *La prima catt. di dir. cost.* (*Arch. giur.*, N. S., II, 1898, pag. 63 sg.).

tore di cattedre di diritto pubblico (1); ma ivi pure non si istituiscono che dopo la rivoluzione francese (2).

Poichè la parola costituzione si usò sempre per indicare il complesso ordinamento dello Stato, è naturale che diritto costituzionale si dicesse la scienza che prende a studiarlo. E che, decretate da assemblee costituenti le costituzioni o date dai principi ai popoli, il diritto costituzionale fosse anzitutto un'esegesi di questi codici politici, tramezzata da storiche, filosofiche e politiche disquisizioni (§ 22). Le quali conservarono al primo diritto costituzionale una figura metà politica metà giuridica; nè la perfezione giuridica è ancora raggiunta. Anche l'ascensione dall'esegesi al sistema, sebbene incominciata coi migliori auspici, non è compiuta.

Il *diritto costituzionale* descrive la forma politica dello Stato e i rapporti giuridici tra i governanti ed i governati per l'esercizio della sovranità. Deve ricercare pertanto in chi risieda il potere sovrano, entro quali limiti esso svolga le sue attribuzioni; quali assemblee legislative si abbiano; se duplice ovvero unico sia il loro sistema; come concorrano i cittadini ad eleggerle; quali garanzie spettino alle minoranze, ecc. Qui ci appaiono i diritti politici dell'individuo, che sono una categoria, dei suoi diritti pubblici subiettivi (3), e si palesa

(1) Fr. D'Aguirre, *Della fondaz. e ristab. degli stud. gen. in Torino, anno 1715*, Palermo 1901. Romano, *Fr. D'Aguirre e la sua op. ms. sul riord. degli studi gen in Torino*, Palermo 1903. cfr. A. Lattes. *F. D'Aguirre e Scip. Maffei* (*Miscell. di Stor. ital.*, s. III, T. XIII, 1906).

(2) Brondi, *Gli inizi dell'insegn. del dir. amm.* nel vol., *Pel cinquant. anno d'ins. di F. Pepere*, Napoli 1900, pag. 315 sg.

(3) Romano, *La teoria dei dir. pubbl. sub.*, pag. 129 e seg.

ad ogni piè sospinto quella che può dirsi legalità dell'azione dello Stato: precipuo carattere dello Stato moderno.

Più precisa è quindi oggi anche quella parte del diritto costituzionale che si occupa della diversità dei poteri di cui è fornito lo Stato o, a dir meglio, dei diversi aspetti del suo potere che hanno caratteri proprî e debbono distinguersi in altrettante autorità individuali o collegiali. Ma è anche cessata l'idea di un'antitesi o lotta fra questi poteri, come si vide in altri tempi, che contradice all'idea di Stato (§ 22). Si ha un potere *legislativo*, cioè di fare leggi, ed un potere *esecutivo* che ne cura la esecuzione (pei compiti sociali dello Stato è più vasto). L'esecutivo poi si bipartisce: la esecuzione delle leggi è affidata all'autorità giudiziaria, che decide le controversie per via di sentenza, e ad un potere detto esecutivo in stretto senso o amministrativo; il quale attua anzitutto la legge per via di azione rimuovendo gli ostacoli in cui s'imbatte l'applicazione di essa.

Ma con queste ultime parole non si è certo data una conveniente idea dell'odierna amministrazione pubblica e dell'odierno *diritto amministrativo*. Esso ci si offre in modo difficile a definirsi perchè ramo del diritto pubblico il quale si è formato e si forma sotto i nostri occhi stendendosi per mille rivoli nella compagine giuridica dello Stato. Se il diritto costituzionale nacque da un'esegesi delle carte costituzionali conquistate dai popoli con l'entusiasmo delle moderne rivoluzioni politiche, il diritto amministrativo ebbe un'origine men fastosa; ma forse più interessante (1). Come gran parte del

(1) Cfr. specialmente Orlando, *Intr. gen.* al *Primo tratt. di dir. amm.*, I, pag. 43 seg.

diritto romano scaturì dalla *iurisdictio* di magistrati di senno aiutata, in questo scopo, mirabilmente dal loro *imperium*, così il moderno diritto amministrativo nacque in Francia durante il primo Impero dalla sconfinata giurisdizione del Consiglio di Stato. Su questa pratica amministrativa che non pure voleva tutelare il patrimonio dello Stato; ma toccava, si può dire, tutti gli interessi dei cittadini (stato civile, emigrazione, proprietà, ecc.) in relazione all'interesse pubblico eressero insigni e autorevoli giuristi francesi quel corpo mal definito di dottrine che fu il primo diritto amministrativo. L'idea che l'amministrazione si potesse disgiungere dalla costituzione politica; che quella avesse una continuità superiore a questa (come infatti talora è accaduto) rinvigorì il pregio della pratica amministrativa elevata a dottrina e dette a certe regole che ne erano scaturite un'impronta precisa e duratura. In Germania invece (1) il diritto amministrativo (*Verwaltungsrecht*) veniva distinto nella prima metà del secolo decimonono, con analisi teorica, dal diritto costituzionale (*Verfassungsrecht*); così il primo, con minore autonomia che in Francia, si ravvisò come un ramo del diritto pubblico o dello Stato (*Staatsrecht*).

Fra la tendenza pratica francese e la teorica tedesca sta con giusto equilibrio la tendenza italiana di quei nostri cultori del diritto amministra-

(1) Nel 1829 il Mohl distinse il diritto costituzionale dall'amministrativo. Questo non è che un punto della completa formazione a sè di una scienza del diritto pubblico in Germania nel secolo XIX: su cui v. Rehm *Gesch. der Staatsrechtsw.*, pag. 260 e seg. Jellinek, *Das Recht del mod. St.*, I, pag. 376 e seg.

tivo che fiorirono nello stesso tempo (1). Tanto più noi dobbiamo mantenerla e farla fruttare costruendo un sistema di diritto amministrativo che, senza scapito della realtà delle cose, assuma forma scientifica. Ben è vero che molti ostacoli derivano forse tuttora dal bisogno di riformare il diritto privato e insieme dalle forti mutazioni che subisce oggi lo Stato, accogliendo dottrine che già da tempo la scienza aveva preparate.

Si può anche dire che il diritto amministrativo considera l'azione dello Stato per il conseguimento dei proprî fini. Amministrare val quanto compiere una serie di atti fra loro legati dall'idea di conseguire uno scopo. Ma da quell'ampio concetto del diritto amministrativo si deve escluder tosto in teoria e in pratica la funzione legislativa, corrispondente al momento in cui lo Stato vuole (2) e regolata dal diritto costituzionale, non meno che la giurisdizione detta anche amministrazione della giustizia, la quale costituisce un ordine autonomo (§ 26). Ciò si deve nondimeno ammettere soltanto nel senso che la giurisdizione ordinaria esorbita dal diritto amministrativo. Fu giustamente detto corrispondere al momento in cui lo Stato eseguisce ciò che volle una o più funzioni; l' amministrativa e la giudiziaria. La prima, che ora soltanto dobbiamo considerare, abbraccia gli atti con cui lo Stato attende alla gestione del proprio patrimonio (3) e quelli con cui provvede al mantenimento

(1) Romagnosi, *Princ. fondam. del dir. amm.*, 1814; Manna, *Dir. amm. nel regno delle Due Sic.*, Napoli 1840; Rocco, *Corso di dir. amm.*, Napoli 1850-55.

(2) Cfr. Morelli, *La funz. legisl.*, Bologna 1893, pag. 49,

(3) Alcuni (così il Ferraris, *Saggi* cit., pag. 50) pongono come obietto del diritto amministrativo le norme giuri-

del diritto e alla conservazione della pace e del buon ordine nella comunità (1). È naturale che qui in più punti l'azione amministrativa s'intrecci con relazioni giuridiche regolate dal codice civile (2). Soltanto chi guarda le cose da un solo aspetto può meravigliarsi poi che norme di diritto civile siano modificate o completate dal diritto amministrativo. La tendenza dello Stato moderno (Stato giuridico per eccellenza) è di sottoporre a norme di leggi e regolamenti tutta l'azione amministrativa dello Stato, sì che fuori di essa non resti che un'azione sociale (§ 33). Pertanto il *diritto amministrativo* determina l'ordinamento dello Stato in relazione ai fini indicati, descrivendo quella grande azienda dell'amministrazione pubblica nei suoi organi centrali e locali, che si distende su tutto il territorio e fuori mediante legazioni e consolati e costituisce un'ampia gerarchia di funzionarî con gradi e poteri diversi. La determinazione dell'ordinamento esecutivo dello Stato

---

diche che lo Stato deve osservare quando si presenta come corpo morale o fa atti civili o commerciali. Non sarei di quest'avviso, a meno che non si segua qui la tendenza giustamente notata dal Cammeo, *Comm. delle leggi sulla giust. amm.*, Milano, Vallardi, I, pag. 200 ad attribuire al diritto pubblico tutti quei rapporti in cui almeno uno dei soggetti è l'amministrazione.

(1) Orlando, *Intr.* cit.

(2) Ormai si è giunti persino a considerare tutto il diritto amministrativo *comme le pont naturel* fra il diritto costituzionale e il civile. Jacquelin, *Une concept. d'ensemble du droit admin.*, Paris 1899, pag. 27. Cfr. anche Alvarez, *Une nouv. concept. des ètud. jur.*, pag. 120-22: « la majeure partie du droit administratif n'est en réalité que des matières de droit civil envisagé au point de vue de l'intérêt général ».

è collegata con quella dei sindacati sull'amministrazione stessa, spettanti a corpi o assemblee costituzionalmente a ciò autorizzati. Si tratta qui della Corte dei conti e del suo ufficio nella revisione dell'amministrazione finanziaria dello Stato. Vi sono poi istituzioni che per un aspetto politiche, per altro interessano il diritto amministrativo; già dicemmo che lo Stato non si può scindere in tante istituzioni tra loro staccate, e come organismo suppone relazioni continue fra esse. È errore considerare questi varî aspetti del diritto pubblico come altrettante scienze tra loro disgiunte. Il parlamento entra senza dubbio nella sfera del *Diritto costituzionale;* non di meno ha funzioni anche amministrative di sindacato su tutta quanta l'amministrazione pubblica. Perciò mentre un tempo la maggior parte dei trattatisti di diritto amministrativo non si occupava del parlamento, ora, già sull'esempio dei tedeschi, i migliori non lo trascurano (1).

Allo studio del diritto amministrativo, come diritto in continua azione, si presentano poi conflitti di vario genere. La loro risoluzione spesso è intralciata o almeno resa più difficile non pure da ingerenze parlamentari che possono turbare il prudente arbitrio dell'autorità amministrativa (2); ma da

(1) Cfr. già Gneist, *Verwaltung*, *Justiz*, *Rechtsweg*, *Staatsrecht, und Selbstverw. nach engl. und deutsch. Verhältn.*, Berlin, 1869; Laband, *Das Staatsrecht des deutsch. Reiches*, II, pagina 212 e seg., Tübing 1878; e ora egregiamente fra noi Cammeo, *Della manifest. della volontà dello Stato nel campo del Dir. amm.* (*Tratt. di dir. amm.* dell'Orlando, III, p. 88 e seg.).

(2) Cfr. già le acute osservazioni di A. Majorana, *Del parlamentarismo*, Roma 1885, pag. 46 e seg. In questo

vecchie teorie di cui si esagera il valore o da ingiustificate diffidenze verso giurisdizioni speciali, che, per esser dentro la cerchia della pubblica amministrazione, non hanno minor libertà e indipendenza della giurisdizione ordinaria (1).

Quando l'interesse dei privati si trova in urto con quello dello Stato e non si tratta di vero e proprio diritto, il nostro ordinamento amministrativo partì dalla massima fondamentale che l'autorità amministrativa fosse la sola competente a dirimere le controversie. Ciò vale anche pel caso che più interessi di privati (ad es. in materia di acque, di vie, ecc.) siano in contrasto fra loro. In altri casi può concorrere la via giudiziaria con l'amministrativa, ciascuna secondo il proprio compito. Ma alla giurisdizione ordinaria, che è quella dei tribunali civili e penali, sottentra pel nostro ordinamento come giurisdizione speciale l'amministrativa in casi e modi determinati dalla legge (2). Alle giurisdizioni speciali si può ascrivere (secondo la comune opinione almeno) la così detta giustizia amministrativa istituita fra noi con le leggi 2 giugno 1889, n. 6166 e 1.° maggio 1890, n. 6837. La funzione qui non è più amministrativa, bensì giudiziaria, sebbene esercitata da organi amministrativi o almeno da collegi che su questi s'innestano. Non si vollero certo risuscitare i tribunali detti del contenzioso amministrativo, i quali sottraevano alla giurisdi-

---

libro l'A., allora giovanissimo, poneva a nudo con mirabile maestria le piaghe del parlamentarismo. Mi è grato il ricordo di questi primi passi di lui.

(1) Bella osservazione del Romano, *Le giurisd. amm.* nel vol. III del *Tratt. di dir. amm.* dell' Orlando, pag. 516).

(2) Cfr. Romano, loc. cit., pag. 556 e seg.

zione ordinaria ogni competenza sugli atti della pubblica amministrazione resa in quelli giudice e parte. Ma si concesse ai privati, che si asseriscono lesi da un atto amministrativo, di poter ricorrere ad una quarta sezione del Consiglio di Stato (istituita appunto a questo scopo), la quale giudica come un tribunale (1), che per la sua indole è in grado di apprezzar meglio la questione. In casi speciali hanno questa competenza le Giunte provinciali amministrative. Si raggiunge così la tutela giuridica di un maggior numero d'interessi e quasi si toglie di mezzo la tortura teorica di distinguerli dai veri diritti. Come i Romani estendevano via via il numero delle azioni tipiche, noi allarghiamo la cerchia dell'interesse che apre l'adito al giudizio. E si raggiunge in pari tempo una più ampia formolazione del nostro ordine giuridico (§ 14).

Un grande ramo di conflitti è poi quello dei conflitti di competenza degli organi amministrativi fra loro o con altri organi dello Stato (2). Ma ai conflitti fra le autorità amministrative può togliere ogni occasione un preciso ordinamento legale della loro competenza, e quando pur sorgano, basta a farli cessare l'azione della gerarchia amministrativa e l'efficacia dei sindacati che ne dipendono. Più grave è il conflitto di attribuzioni fra l'autorità amministrativa e la giudiziaria. Pare che al nostro diritto sia estranea persino l'idea di tali conflitti poichè se di fatto si presentano, la decisione non è che un caso dell'ordinaria giurisdizione.

---

(1) Orlando, *La giust. ammin.* (nel III vol. del suo *Trattato*), pag. 654 e seg.

(2) Romano, *I confl. delle comp. ammin.* (nel vol. III del *Tratt.* dell'Orlando), pag. 1180 e seg.

Per la legge del 4 marzo 1877, n. 3761 decide sul conflitto (che in pratica, dicasi formale o sostanziale, pur resta) la Cassazione romana a sezioni unite. Come si può ben comprendere, facili possono essere i conflitti fra la giurisdizione ordinaria e la giustizia amministrativa. I confini delle due cerchie sono vivamente discussi; tanto valeva non istituire quella speciale giurisdizione amministrativa se dovesse, al più piccolo dubbio, cedere il passo alla giurisdizione ordinaria.

Taluni cultori del gius pubblico ritengono tuttora che il diritto amministrativo non si possa scindere dal costituzionale e vagheggiano il ritorno all'unità di queste due scienze. Dicono infatti, che l'ordinamento amministrativo dello Stato è così dipendente dal politico che non si può trattare dell'uno senza dire dell'altro. Certi istituti, come il Consiglio di Stato, la Corte dei conti, il Consiglio dei ministri, hanno funzioni diverse secondo la diversa costituzione politica dello Stato (1). In verità in uno Stato con forma dispotica le funzioni amministrative di quegli organi sono molto diverse da quelle di uno Stato retto liberamente. Si pensi ad esempio alla responsabilità degli amministratori, alla imposizione e ripartizione dei tributi, ecc. Ma è anche vero che queste relazioni della costituzione

(1) Su questa discussa distinzione del diritto amministrativo dal costituzionale, prevalente fra noi, vedi Ferraris, *Saggi*, p. 8, nota 2, pag. 46, nota 4; Palma, *Corso di dir. costituz.*, 3.ª ed., Firenze, 1884, I, p. 69, nota 2; Orlando nell'*Arch. giurid.*, XXXVIII, pag. 271. Lo Jellinek, *Das Recht des mod. Staat.*, I, pag. 321, insegna che non è possibile una precisa linea di confine fra il diritto costituzionale e l'amministrativo e che la differenza è « di quantità », non « di qualità ».

politica dello Stato con l'intiero suo ordinamento si possono scorgere in tutti i rami del diritto; e che tutte le categorie hanno un valore soltanto relativo a certi momenti storici.

§ 24.

Il diritto penale.

Ha per oggetto la tutela del diritto mediante la punizione di azioni imputabili al loro autore già preventivamente determinate dalla legge come delittuose (1). Lo Stato con la pena esercita uno dei suoi più alti e difficili doveri, la *tutela del diritto* (da non confondersi con una tutela o difesa *sociale*) (2); non può essere punita un'azione, benchè astrattamente delittuosa, la quale non sia imputabile al suo autore. Dal delitto deriva un danno *immediato* ed uno *mediato*; il primo è l'offesa stessa che si rappresenta dal diritto violato, il secondo il timore diffuso nei cittadini che il fatto debba ripetersi turbando la pace sociale. Al primo è riparazione la responsabilità civile del delinquente, al secondo la pena che rafforza in tutti la persuasione della tutela del diritto, compiuta incessantemente dallo Stato. I delitti distinguonsi secondo la loro *qualità* pel diritto violato, la loro *quantità* o gravità comparativa, il loro *grado* che fa considerare le cause minoranti o escludenti la imputazione in un individuo.

Tale è la dottrina di quella scuola penale classica che quasi totalmente ispirò il codice penale unico per tutta l'Italia pubblicato il 30 giugno 1889,

(1) Cod. pen. it., art. 1 e 45.

(2) Cfr. Carrara, *Opusc. di dir. crim.*, I, pag. 261 e seg.

auspice il ministro Zanardelli, ed è rappresentata da un maestoso edifizio nel *Programma* di Francesco Carrara (1), di cui lo scrivente rammemora la fisonomia serena, malgrado la quasi completa cecità, la sottile logica, la elegante parola fluente, tra il plauso degli affollati scolari, nelle aule della università pisana.

Il diritto penale, se è lecito riportare ai secoli scorsi questa denominazione, fu un ammasso di feroci dottrine e pratiche, un armamentario di mezzi di tortura, uno strumento di terrore più per gl'innocenti che per i ribaldi. La crudeltà e l'assurdità delle teorie, delle procedure, delle pene eran comuni ai tribunali penali laici e agli ecclesiastici (2). Nelle università si spiegavano dalla cattedra di diritto penale (3) taluni titoli del Digesto; ma i così detti *libri terribiles* son piuttosto creazione dei romanisti che dei Romani (4): le

(1) *Prog. del corso di diritto criminale dett. nella R. Università di Pisa,* volumi otto compresa la parte generale. Frequenti edizioni se ne pubblicano ora a cura dei succ. Cammelli in Firenze.

(2) Io mi limito a citare il *Sacro Arsenale overo Practica dell'Officio della santa Inquisitione*, in Bologna, 1679. L'operetta è dovuta a un padre Masini e pubblicata con l'approvazione dell'arcivescovo e dell'inquisitore generale di Bologna.

(3) Domandata dagli studenti padovani sin dal 1532: istituita, dopo lunghe pratiche, il 1540. Dette principio alle lezioni il 30 dicembre 1540 il dottore perugino Pietro Filippo di Matioli. Cfr. il mio libro *La scuola padovana*, p. 57. A Pisa fu istituita nel 1544, Carrara, *Opusc.*, I, pag. 10.

(4) Così giustamente osserva il Majno, *La trad. rom. nel dir. pen.* (*Riv. pen.*, V, pag. 265).

teorie e le stesse erronee interpretazioni di quei titoli hanno persistito sino ai dì nostri (1).

Malgrado ciò non intieramente dannosa fu l'opera delle scuole romanistiche italiane. Le antiche pratiche dell'Italia e della Germania erano totalmente opposte a quelle più feroci dominanti in Francia. « Dalla cattedra di Bologna già Baldo aveva coraggiosamente insegnato (osserva il Carrara (2) che fu e si diceva a me pure assiduo studioso degli antichi romanisti) doversi decapitare come omicida il giudice che aveva applicato la tortura, quando l'inquisito fosse venuto a morte durante i tormenti. Ma più specialmente in ordine alla precedenza nel diritto fra l'accusa e la difesa erano espliciti nel favore di questa tutti i nostri Dottori, e la scuola italiana capitanava un tenace antagonismo contro le barbare leggi di Francia ». Come nel diritto civile, così nel penale i più illustri giuristi di Germania accettavano le dottrine della scuola italiana « che in alto aveva sollevato la face dell'umanità e del progresso » (3). Allora infatti era impossibile una completa emancipazione dal diritto romano o meglio dalla sua scolastica interpretazione; dava prova di grande indipendenza una scuola contraria alle feroci dottrine ovunque dominanti. E siccome non poteasi direttamente

(1) Vedi ad es. per la dottrina del conato l'opera del Cohn, *Zur Lehre von versuchten und unvoll. Verbrechen*, I, p. 112 e seg., Breslau, 1880, e il mio esame di essa nell'*Arch. giur.*, XXV, pag. 439 e seg. Per la teoria della colpa Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossator.*, Leipzig 1895.

(2) *Opusc.*, 2.ª ed., VI, 45, p. 406-8.

(3) Carrara, loc. cit., p. 408.

abolire la legge crudele o rigettare l'erroneo e barbaro principio da secoli invalso, troviamo nei pratici tutte quelle sottigliezze e distinzioni che oggi sembrano ridicole e che certamente snervavano e confondevano l'intelletto degli studiosi del diritto civile; ma nella storia del giure penale strapparono infinite volte delle vittime al carnefice e condussero i giudici ad una giustizia più umana, più vera e più leale. Da quest'aspetto son molto importanti anche i consigli dei Collegi di giuristi fiorenti a lato della scuola (1).

A poco a poco il diritto romano istesso fu accusato delle crudeli teoriche dei romanisti (2). Ancora nel 1822 si ricordavano le opere elementari di giure penale del secolo scorso « lavorate tutte o sulle sanguinose impronte del romano diritto sotto il dispotismo degl'imperatori o sulle tracce più luride e sanguinose che avea segnate la giurisprudenza dell'età di mezzo » (3).

Ma la pura esegesi del testo romano era sorpassata da molto tempo. Si possono vedere (taccio di antichi trattati del secolo XIII, come quello di Rolandino Romaniceo e del Gandino) i prolegomeni dell'Anton Matteo alla esposizione delle leggi penali dei Romani: come posteriore, ma naturale frutto, i manuali del Cremani e del Renazzi, per sorvo-

(1) Sul sacro collegio dei giuristi a Padova. cfr. il buon saggio del Roberti, *Riv. it. per le scienze giur.*, XXXV, 1903, pag. 171-249.

(2) Lo libera da esse il Carrara, *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1879. Cfr. anche E. Ferri, *La riabil. del dir. pen. rom.* nel volume *Per il XXXV anno d'ins. di F. Serafini*, pag. 45 e seg.

(3) Parole della introduzione, p. 1, al *Compendio degli elem. di crim. diritto* del Carmignani, Firenze, 1822.

lare su quello del Bentham. A quella guisa che la scuola del diritto naturale cooperò a far distinguere il concetto del diritto da quello della legge, doveva pur giovare a liberare il giure penale dal vincolo, omai tirannico, del testo romano. Sorsero anzi le più astratte teoriche di diritto penale. Si istituirono cattedre di diritto penale filosofico a lato delle esegetiche del testo (1). E quanti ascoltarono con un crollar di testa le nuove teorie dei giuristi filosofi della scuola del diritto naturale! (2). Anche fra noi non mancarono i precursori del nuovo diritto penale (3). Ma assai più fu utile in questo rinnovamento uno scoppio di generoso entusiasmo, un grido di protesta e di dolore contro la secolare ferocia del diritto penale, creduta necessaria alla civil società, come articolo di fede. Quel grido fu emesso da un filantropo marchese lombardo, Cesare Beccaria, a soli 26 anni, nel libriccino *Dei delitti e delle pene*, stampato alla macchia per la prima volta in Li-

---

(1) Cfr. per notizie storiche, Carrara, *Opusc.*, I, p. 13 e seg.

(2) Si ricorra al bel quadro di quel periodo nell'opera del Landsberg; alla mia cit. nota *Il periodo del dir. nat. in Germania*; Calisse *Svolg. stor. del dir. pen. in Italia dalle inv. barb. alle riforme del sec. XVIII,* nel vol. II dell'*Enciclop.* del Pessina. Sul Feuerbach che ha tanta importanza per le moderne idee di diritto penale, cfr. ora Fleischmann, *Anselm von Feuerbach,* München 1906. È utile per questa storia anche il libretto dell'Overbeck, *Das Strafrecht der französich. Encyclop.*, Karlsruhe 1902.

(3) Cfr. su Tommaso Natale, Günther, *Archiv für Strafrecht,* XLVIII, 1-2 e E. Cimbali, *Un precurs. del Beccaria*, nei *Saggi di filosof. soc. e giur.*, Roma 1903; sulla dottrina penale dello Spedalieri, lo stesso Cimbali nella *Riv. penale,* LXII, 1905.

vorno nel 1764, che fece il giro d'Europa. Così con l'intuizione del sentimento (sebbene non disgiunta nel Beccaria da una tal quale filosofia della civil società) comincia quella scuola classica penale che, per mezzo del Carrara, del sentimento dimostrò la verità e lo munì di completa e rigorosa dimostrazione scientifica (1).

Il germe della nuova scienza penale era nel citato libretto ; ivi « come in miniera inesauribile si racchiudono tutte le grandi verità della criminale legislazione, ma vi stanno appunto come in una miniera originali, solitarie e profonde come il genio che le creò avvolte in un linguaggio scientifico, che non può essere a portata de' giovani ingegni, in apparenza disgiunte fra di loro e in realtà legate da impercettibili diramazioni che richiedono uno spirito abituato alle ricerche analitiche per esser sentite ». Così si diceva fra noi nel 1822 (2) avendo già la intuizione che era d'uopo costruire uno scientifico ma chiaro sistema di diritto penale le cui parti fossero armonicamente e palesemente legate con facili nessi. E qui divido piena-

(1) Cfr. E. Ferri, *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara* (*Arch. giur.*, XLIV, p. 497-514). Con questo discorso l'a. colpisce giustamente il lato caratteristico delle dottrine del Carrara, il quale ripeteva di continuo sostenere le sue teorie liberali non per puro sentimento di umanità, ma per scientifiche convinzioni. Cfr. anche dallo stesso Ferri, *Francesco Carrara*, nel volume del XXIII settembre MDCCCXCIX, *Per le onor. a Fr. Carrara*, Lucca 1899, pag. 297 e seg., e Pessina *Il dir. pen. in Italia da C. Beccaria sino alla prom. del cod. pen. vig.*, nel II volume della sua *Enciel. del dir. pen. ital.*

(2) Introd. cit. al *Compend. degli elem.* del Carmignani, pag. 2.

mente l'opinione di Enrico Ferri (1) che il movimento del pensiero scientifico nel diritto penale da Cesare Beccaria a Francesco Carrara mostra quel passaggio dal semplice al complesso « per distinzioni successive » (2) che nella sua espressione elementare racchiude la grande legge universale della evoluzione (3). Ciò che è embrione nel libretto quasi dimenticato del Beccaria, sorge ad estesa e completa trattazione nel Carrara a traverso molti altri tentativi o incompleti o unilaterali. Invero da un lato i criminalisti critico-forensi eran soverchiamente pratici e si limitavano ad una giurisprudenza penale interpretativa; dall'altro i criminalisti filosofi, troppo astrattamente liberando l'intelletto fuor delle reali condizioni di tempo e di luogo, ragionavan dei delitti, dei giudizi, delle pene. Quel pregio che, con una parola del Gioberti oggi fuor di moda, si può chiamare dialettismo, è massimo nel *Programma* del Carrara paragonato giustamente ad « una vera enciclopedia del diritto criminale » purchè s'intenda esser questa strettamente sistematica. Ivi la teoria e la pratica si fondono con maestria di pensiero e linguaggio sì da non potersene discernere i confini; il che, secondo io credo, è il più elevato pregio cui possa aspirare una scienza dell'uomo e dell'umana società. Quel *Programma*, maestoso nella scuola, è miniera inesauribile per la pratica; l'autore si compiaceva anzi che ogni questione vi fosse trattata

(1) Loc. cit., pag. 500 e seg.

(2) Questa frase è dell'Ardigò.

(3) Nella giurisprudenza civile io cercava dimostrare la stessa legge sin dal 1879 nel mio libro, assai giovanile, *Fasti aur. del dir. rom.*, p. 188 e seg.

e dolevasi quando taluno presentavagli come nuovo un caso, di cui semplicemente non si fosse saputo trovar la soluzione, che pur era in qualche volume dell'opera. Il Carrara derivava questo dialettismo dall'indole stessa del suo intelletto reso già ben temperato da geniali studi classici: la vasta conoscenza della pratica acquistò insieme con lo studio prolungato degli antichi decidenti e consulenti (1) e con l'esercizio della professione. La sua tendenza ad unire la teoria alla pratica si palesa anche negli ammaestramenti al legislatore sul modo di formolare la legge (2).

Il geniale libretto del Beccaria che « voleva ispirare quel dolce fremito, con cui le anime sensibili rispondono a chi sostiene gl'interessi dell'umanità » (3) salì fino al trono di Leopoldo in Toscana, di Giuseppe II in Austria, di Caterina in Russia e fu cagione di celeri umanitarie riforme. Ma la politica reazione col suo alito pestifero fe' retrocedere assai presto le rinnovate leggi penali; invero ben tosto l'opuscolo del Beccaria era stato assalito, come è naturale, da coloro che ascrivendolo a quelle opere le quali fanno strepito « per la loro rivoltante odiosa novità » (4) temevano che, tolto il carnefice, soppressa la tortura, bandito il regno della serena giustizia, si scardinasse la società umana.

---

(1) La sua numerosa biblioteca (moltissimi sono i volumi degli antichi) fu da lui donata, già in vita, alla università di Pisa, ove si conserva in separato luogo.

(2) Cfr. i suoi *Lineamenti di pratica legislat. penale*, 2.ª ed., Torino, 1882, e i *Pensieri sul Prog. di Codice pen. ital.* del 1874, 3.ª ed., Lucca 1878.

(3) Parole della Introd.

(4) Cfr. anche qui egregiamente il Ferri, loc. cit. dell'*Arch. giur.*, pag. 506-7.

Malgrado la politica reazione, il sentimento si fortificò in scienza: morì pressochè dimenticato il Beccaria; ma il filo del suo ragionamento, per molti meandri aggiratosi, non si spezzò. In Toscana, retta anche nella prima metà del secolo scorso da un principe liberale per quanto i tempi lo permettevano (egli accolse pure emigrati ad insegnare nella pisana università, da lui grandemente curata) le dottrine giuridiche civili e penali fiorirono con un rigoglio oggi talora a torto dimenticato. Le lezioni del penalista Carmignani, maestro del Carrara (1), erano seguite con entusiasmo; quella contro la pena di morte richiamava tanti uditori che lo straniero pel quale il professore si era indotto a pronunciarla non potè penetrare nell'aula (2).

Il Carrara appare in questo fiorir d'idee e di aspirazioni erede consciente degli avi del suo spirito; ma insieme sovrano intelletto ordinatore e costruttore del sistema (3). S'ispira alla dottrina filosofica dell'ontologismo. Muove (secondo le tendenze geometriche della scuola del diritto naturale) dal cercare una verità fondamentale che contenga in germe tutte le altre e sia la fonte, dalla quale dedurre tutti i singoli precetti del giure penale (4). Anzi

(1) Vedi come ne riconosce i meriti negli *Opusc.*, II, p. 598-619.

(2) Carmignani, *Lezione sulla pena di morte*.

(3) Cfr. la mia memoria *Una pagina di Fr. Forti e l'opera di Fr. Carrara*, nel cit. volume *Per le onor. a Fr. Carrara*, pag. 277 e seg.

(4) Carrara, *Progr.*, 6.ª ed., I, pag. 21, 23. Nel museo carrariano della R. Biblioteca di Lucca si conservano manoscritti del Carrara con schemi geometrici di concetti e categorie.

nella stessa relazione dee stare la parte generale del *Programma* con la parte speciale (1). Quella fondamentale verità si concreta pel Carrara nella nozione del delitto: esso non è un ente di fatto, ma « un ente giuridico » (2). Ed ontologica è la dottrina delle *forze del delitto*, alle quali corrispondono le *forze della pena* (3). Così si ha una fase *matematica* della scienza del giure penale, che il Carrara (4) si compiaceva dir subentrata alla teologica ed alla metafisica.

Egli chiuse gli occhi per sempre il 15 gennaio 1888 allorchè una giovane scuola, che si dice penale positiva, aveva già ardito assalire il monumentale edifizio eretto da lui (5). Si era omai, disse la ribelle, studiato troppo l'ente delitto come un tipo assoluto; doversi adesso analizzare il delinquente nelle sue multiformi figure corrispondenti ad altrettante morbosità, indicate da caratteri somatici dell'individuo. Infatti la nuova tendenza si affermò dapprima con le ricerche medico-legali del professor Lombroso sull'uomo delinquente (1876). Poco dipoi (1881) il professor Enrico Ferri accennava in una brillante prolusione a Bologna i nuovi orizzonti del diritto penale e arditamente negava il libero arbitrio, cardine della scuola penale classica (6). Il

(1) Carrara, *Progr.*, I, Introd.

(2) Carrara, *Progr.*, I, 33 e seg.

(3) Carrara, *Progr.*, parte gen., § 53-127, § 613-626.

(4) *Opusc.*, VII, p. 549.

(5) Benevolo, *La scuola classica e la nuova scuola positivista*, Torino 1886.

(6) Fa notare il Marucci, *La nuova filosof. del dir. crim.*, Roma 1904, p. 11, n. 1, che veramente R. Garofalo precedette il Ferri avendo sin dal 1877 (aprile) e 878 (ottobre) esposto nel *Giornale Napoletano* alcune

delinquente dovrebbesi considerare piuttosto come un individuo per ataviche morbosità condotto ad azioni, contro le quali alla società civile non spetta un diritto di punire, sivvero un diritto di legittima difesa. Di qui la segregazione in manicomî criminali è la stessa uccisione del delinquente. Al diritto penale farebbe d'uopo surrogare *sostitutivi*, che eliminino la delinquenza: onde una sociologia criminale, come già, scomparso il libero arbitrio e il concetto di tutela del diritto, più esatto è parlare di antropologia criminale e di criminologia che di giure penale (1).

---

delle idee fondamentali della nuova scuola. F. Luzzatto, *Della vita e delle opere di Fr. Poletti*, Roma 1896, pag. 188 osserva che questo solitario filosofo e giurista aveva posto i teoremi più saldi della scuola penale positiva. Ma che cosa siam noi se non interpreti di idee che a poco a poco si maturano?

(1) Cfr. per saggio di questa scuola, Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2.ª ed., Torino, 1884; *La teorica della imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878; *Socialismo e criminalità*, Torino, 1883; *Studi sulla crim. in Francia dal 1826 al 1878* (*Ann. di stat*, serie 2.ª, vol. XXI); *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna 1886, ecc. Si veda ora, oltre il cit. libro del Marucci, Zerboglio, *Dalla resp. mor. alla resp. sociale*, nel cit. vol. *Per le onor. a Fr. Carrara*, pag. 269 e seg.; R. Garofalo, *Il delitto come fenom. soc.*, ivi, pag. 321 e seg. Contro, v. Buccellati, *Il nichilismo e la ragione del diritto*, Milano, 1882, Tolomei *I vecchi e i nuovi orizz. del dir. pen.*, Padova 1887; Lucchini, *I semplicisti del dir. pen.*, Torino 1886; *Le droit pénal et les nouv. théories*, Paris, 1892, C. F. Gabba, *Dir. penale e cosc. pubbl.*, nel cit. vol. *Per le on. a Fr. Carrara*, pag. 313 e seg.; Tuozzi, *Lo stato pres. della sc. pen.*, ivi, pag. 344 e seg.; Manzini, *L'evoluz. e lo stato del dir. pen.*, Torino 1900 (dal *Digesto ital.*).

La battaglia si accese in breve fra i seguaci dell'una e dell'altra scuola e ne scaturì un'abbondante letteratura, nella quale le esagerazioni non mancano. Il Carrara era omai troppo vecchio per prendervi parte; ma, sebbene avesse gran fede nel suo sistema e giudicasse inconsulta una radicale innovazione delle dottrine fondamentali del diritto penale (1), non mancò di far comprendere che stimava possibile un nuovo progresso di questa disciplina e che non partiva dall'astratto ed immutabile presupposto del libero arbitrio, quanto piuttosto da quello di una concreta e graduabile libertà del volere (2). Soltanto gli angusti intelletti possono credere assolutamente compendiata la verità in un sistema e paventare la ruina della umana società nelle nuove teorie che, professate in nome della scienza, son già di per sè stesse degne di rispetto.

E mi è dolce e dolorosa memoria uno degli ultimi colloqui che io ebbi col Carrara. Passava di già molte ore in letto nella sua modesta cameretta a Lucca, dilettandosi di farsi leggere alcuna delle nuove pubblicazioni o ragionando con qualche amico. Visitandolo, gli chiesi una sera (era scarsa la luce nella camera e mi parea di conversare omai con un moribondo) se non credeva che la scuola penale positiva avesse potuto contribuire alla più esatta determinazione della teorica del grado nel delitto. Al che, fioca la voce, ma ben lucida la mente, il sapiente vecchio rispose affermativamente, osser-

---

(1) *Opusc.*, V, p. 39-40. *Giornale delle leggi*, VIII, p. 81.

(2) *Opusc.*, V, p. 35. Si veda sul libero arbitrio la interessante nota del Carrara (*Arch. giur.*, XXI, p. 336) alla recensione del professor Lombroso sull'opera de Ferri, *La teorica dell'imput.*, ecc.

vando nondimeno che le due scuole non potevano intendersi sopra un punto fondamentale: alludeva alla libertà del volere.

Come nel concetto del diritto in genere, all'astratto tipo assoluto, che è creazione della nostra mente, si è omai sostituito un tipo mutevole secondo i tempi ed i luoghi e legato per mille guise alle storiche contingenze, può avvenire che ai tipi di delitto costruiti dall'ontologismo per ogni clima e periodo storico, succeda la rigorosa analisi delle proteiformi morbosità di ciascun uomo che delinque. Niuno può dire sin dove l'analisi nostra può giungere; nè un tempo sarebbesi creduto che l'occhio nostro, armato di lenti, avesse potuto penetrare negli astri o discoprire gl'infusori e i batteri. Che importa la caduta di un sistema, benchè maestoso, di fronte alla scoperta di una verità novella? L'età nostra che vuol distruggere persino il dogma religioso, se ne creerebbe forse uno scientifico? Ma il maestoso *Programma* del Carrara non si può dire ancora antiquato (se ne togli qualche osservazione filosofica) e il problema del libero arbitrio è rimasto al suo primitivo stadio. Un vero guadagno si è già ottenuto, malgrado esagerazioni, nello studio dei delinquenti. Lo stesso *Programma* trattava troppo metafisicamente delle passioni: chi considera serenamente la storia del giure penale troverà che non si poteva pretendere di più.

§ 25.

Il sussidio della medicina legale allo studio e all'applicazione del diritto penale.

La scuola penale positiva non può non tenere in gran pregio la *Medicina legale;* per essa sin la procedura dovrebbe ridursi infine ad una perizia medico-legale dell'imputato (1).

Ma anche la scuola classica, e già prima che avesse assunto il suo odierno aspetto (2), riconosceva una connessione fra il diritto penale e la medicina forense.

Niuno può infatti negare la necessità del medico legale per stabilire in molti casi che un delitto è avvenuto e quale. E come valutar poi il grado del delitto senza tener conto delle speciali condizioni di salute dell'imputato? Dove a primo aspetto ci si offre un odioso delinquente può apparire un individuo malato di mente. Qualunque sia l'abuso delle perizie mediche nei giudizî criminali, la scienza, che tutto spassionatamente indaga, ammessa la possibilità di un sol caso in cui quella è giustificata, dee porre come regola la necessità dell'intervento

(1) Garofalo, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale* (*Arch. di psichiatria*, III, pag. 85 e seg.).

(2) Cfr. Renazzi, *Elem. iur. crim.*, Proleg. Meno esplicitamente Carmignani, *Jur. crim. elem.*, I, Proleg., § 29, p. 20, nota *a*, Pisis, 1819. Certamente i Romani ebbero bisogno di perizie per escludere la *simulatio dementiae*, il *simulatus furor* degli accusati di delitto: cfr. il libro del mio compianto amico Ferrini, *Dir. pen. rom.*, Milano 89', pag. 134 seg.

del medico forense, semprechè le circostanze non ne escludano evidentemente il bisogno.

Il giurista ha bisogno di saper proporre la domanda al medico e di conoscere così le principali perturbazioni dello intelletto, dalle quali può esser derivata l'azione delittuosa. La valutazione dei caratteri stessi del delinquente deve essere rilasciata al medico; si dovrebbe curar tuttavia che la discussione fra i diversi periti non degenerasse in un dibattito simile a quello fra accusatore e difensore (1).

§ 26.

Il diritto giudiziario.

Un ultimo aspetto del diritto pubblico è il *diritto giudiziario*. Il quale è omai una vera e propria scienza: le regole procedurali furon sottratte al puro empirismo e all'arbitrio, le norme attinenti all'esercizio dell'amministrazione civile e penale si chiusero in uno scientifico organismo. Così il diritto giudiziario non pure comprende le regole dell'amministrazione della giustizia civile, ma quelle della giustizia penale. Una letteratura sul processo civile, già antica presso di noi (2), torna ora a fiorire. Nella procedura penale, così la scuola classica come la positiva (3), addita un gran numero di riforme

(1) Ma su questo scabroso argomento delle perizie cfr. A. Tamassia, *Sulle innovaz. medico-leg. del prog. di cod. di proc. pen.* (*Atti Ist. ven.*, LXV, 1905-06, p. 598 e seg.).

(2) Vedi la mia versione del Glück, *Comm. alle Pand.*, Milano 1903, V, p. 5.

(3) Carrara, *Opusc.*, V, pag. 40; Benevolo, op. cit., p. 29 e seg.

da introdurre, di problemi da meditare. Essi sono ormai fruttuosamente discussi fra noi e ne scaturiranno sapienti riforme (1). Non contiene il diritto giudiziario pure e semplici norme di rito, tranelli o mezzi di ripiego per colpire l'avversario o trarre in lungo la causa (come talora nel fôro degenera), bensì principî salvaguardanti la retta amministrazione della giustizia, la sicura tutela dei rapporti giuridici, la protezione della libertà individuale e degli stessi diritti pubblici subiettivi (§ 22).

Alcuni hanno il torto di porre il diritto giudiziario entro la cerchia del diritto privato per la parte che si riferisce all'amministrazione della giustizia civile (2). Ma anche in questa si tratta di relazioni fra lo Stato e i privati per la tutela del diritto. Servirsi d'un'*azione* (3) è invocare in ogni caso il potere dello Stato (l'autorità giudiziaria) per la tutela di un diritto nostro, il quale mostra così la massima efficacia. Nell'odierno ordinamento procedurale (cfr. § 14) in cui non è necessario indicare

(1) Cfr. Manzini, *Per la riforma della proc. pen. ital.*, negli *Studi sen.* in on. di L. Moriani, I, pag. 417 e seg., *Dei lim. dell'interv. della difesa nell'istrutt. pen.*, *secondo la teoria del dir. pubbl. sub.*, nella *Relaz. del VI Congr. giur. naz.*, pag. 137; Alimena, *Il proc. pen.*, nella *Riv. del Circ. giur. di Napoli*, III, 1906, N. 5.

(2) Io resto in sostanza fedele, già dalla prima edizione di questa Introduzione, alla dottrina formolata sin dal 1868 dal Bülow nel suo famoso libro, *Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraus.* E mi compiaccio di aver affermato già dalla prima edizione quel carattere scientifico della procedura, il quale ora è sì bene sostenuto. Un buon riassunto delle discussioni offre il prof. L. Ferrara, *Il dir. pubbl. e priv. nel nostro attuale processo civ.*, Milano, 1905 (dal *Filangieri*, 1905, n. 4.).

(3) Cfr. le mie *Ist. di dir. civ. it.*, § 31.

il nome di un'azione, nè questa ha da essere in ogni caso indicata nella legge e si considera piuttosto il fondamento del diritto (1), l'essere accolta un'azione da parte dell'autorità giudiziaria rappresenta anche in maggior grado l'attuazione della tutela pubblica del diritto generalmente annunciata nelle leggi. Nè l'autorità giudiziaria interviene tanto per la considerazione del diritto di un individuo, quanto piuttosto per la propria missione o funzione di organo dello Stato cui spetta tutelare il diritto (2). Pertanto il diritto giudiziario *regola le relazioni che sorgono fra lo Stato e i privati, i quali vogliono far valere le loro pretese o ragioni giuridiche, ovvero sono incorsi nelle pene comminate ai colpevoli*. Ragioni di ordine pubblico fanno qui eguagliare gli stranieri ai cittadini che, secondo i casi, possono ricorrere ai nostri tribunali civili ed esservi convenuti, e sono soggetti ai penali pei delitti commessi nel territorio dello Stato (3).

---

(1) Cod. di proc. civ., art. 36, 134 n. 2.

(2) Cfr. Mortara, *Man. della proc. civ.*, 4.ª ediz., n. 11, secondo cui i due rapporti *genetici distinti* (uno fra i privati che si trovano in condizione di dover promuovere una lite, l'altro fra questi e l'organo della giurisdizione) si compongono, appena l'azione riceve vita, « in un rapporto unico e complesso, che è per la sua forma un rapporto di diritto pubblico ». Altre autorevoli opinioni discordanti del Fadda e del Chiovenda, si troveranno bene esaminate nel cit. saggio del Ferrara. Una relazione fra lo Stato e i privati, cui io soprattutto alludo, non vien negata da alcuno. Resta discutibile se prevalga nel « rapporto processuale » ancor bisognoso di molte analisi, superiori all'indole di questo libro.

(3) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ.*, § 29. Per il cod. pen. v. art. 3.

Il diritto giudiziario descrive anzitutto l'ordinamento giudiziario dello Stato. Veramente questa parte si potrebbe porre nel diritto amministrativo, dove si esamina l'organismo dello Stato (§ 23); ma ormai si è concordi di staccarla sì per la diversità dello scopo, sì per sottoporla ad una trattazione a sè. Nondimeno, per quanto i magistrati esercitino un nobilissimo ufficio, son funzionarî dello Stato come gli amministratori. I giudici salgono da una competenza minima fino alla massima; sono diversi per competenza, per grado e per territorio. Vi sono giudici singoli e collegi di giudici: il tribunale *civile* ed il *penale* non rappresentano che una divisione di uffici, nella quale si può tener calcolo delle attitudini individuali dei giudici; tuttavia legandoli perpetuamente alla giustizia penale, si fa loro acquistare talora un'esagerata abitudine alla condanna. Sorge così un organismo giudiziario che nello Stato moderno è ricondotto ad unità e semplicità; tolti di mezzo quei tribunali speciali, tanto numerosi in altri tempi, che offendevano la eguaglianza delle classi, moltiplicavano i conflitti di attribuzioni, rompevano l'organismo giudiziario stesso, sottoponendolo non di rado all'arbitrio del potere sovrano incurante delle norme fissate nelle leggi. Ecco perchè nell'istessa nostra carta costituzionale son scritti i principî fondamentali del diritto giudiziario (1): così quello che il Re può far grazia e commutare le pene; che la giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome da giudici naturali, nè possono esser creati tribunali o commissioni straordinarie; che le udienze dei tribunali civili e i dibattimenti dei tribunali penali sono pubblici, ecc

(1) Art. 8, 68-72.

Anche intorno all'ordinamento giudiziario dello Stato agitansi ardenti questioni, come quella se sia preferibile la Corte di cassazione o un tribunale supremo di terza istanza, se debbasi accogliere il sistema della unità o pluralità delle cassazioni. Per le materie penali è ormai seguito fra noi il primo, auspice anche qui il ministro Zanardelli, il quale per altri aspetti pure si curò di semplificare l'amministrazione della giustizia: problema tuttora arduo.

Descritta la gerarchia giudiziaria, si apre un vasto dominio alla scienza della procedura, che nella parte civile ha da porre norme pei procedimenti *generali* e per gli *speciali* seguendo tutte le fasi dell'*azione* dal momento in cui è promossa sino a quello nel quale fu obietto di sentenza costituente una *res iudicata*. Anche in questa disciplina dal codice di procedura civile si deve salire ad un sistema scientifico completo. E già siamo sulla via.

Nella procedura penale la scienza deve tener lo stesso metodo, preparando anche maggiori sussidi per una riforma del codice. È necessario dare il concetto del giudizio penale, descrivere il procedimento segreto inquisitorio ed il pubblico accusatorio, la loro unione e perfezione, la contestazione dell'accusa, la prova e l'esame medico-legale dell'imputato, la difesa, la sentenza, ecc. Cessato l'inconsulto terrorismo che convertiva le procedure penali in continuati assurdi per giungere necessariamente ad una condanna, si può stabilire che l'accusa e la difesa debbono cooperare imparzialmente alla ricerca del colpevole e alla determinazione, più che sia possibile esatta, della responsabilità dell'imputato.

Malgrado che la procedura civile e la penale siano due aspetti del diritto pubblico giudiziario,

sono esposte, per ragioni di didattica opportunità, da due diverse cattedre l'una detta appunto di *Procedura civile e ordinamento giudiziario*, l'altra di *Procedura penale* riunita a quella di *Diritto penale*, sebbene con distinta trattazione.

§ 27.

Il diritto internazionale

Dopo aver detto del diritto privato e del diritto pubblico si presenta opportuno questo paragrafo sul *diritto internazionale*. Pel suo carattere è un diritto in formazione (§ 15) ed una scienza soltanto in parte giuridica (§ 18); per il suo contenuto è, teoricamente almeno, un diritto pubblico che abbraccia anche certe relazioni, le quali sembrano a prima vista cadere nella cerchia del diritto privato (1) sotto il titolo di *diritto internazionale privato o diritto civile internazionale* (§ 19).

Come lo *ius publicum* o diritto dello Stato affermava nei libri e dalla cattedra la sua natura giuridica prima ancora che l'avesse conseguita (§ 22), così dai libri e dalla cattedra si affermò, già da secoli (§ 2), lo *ius gentium* o diritto internazionale qual diritto fra gli Stati. E così fu facile di dare al primo l'epiteto di *diritto pubblico interno*, al secondo di *diritto pubblico esterno*. Antitesi inesatta perchè il secondo non è ancora, completamente almeno, armato di quella coazione che il primo ormai ha a suo servigio.

Lo storico della giurisprudenza vede nel diritto nternazionale uno dei più interessanti fenomeni di

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. ital.*, § 5.

ordine morale; altro è lo stato di fatto, altro il desiderio della scienza che qui si può quasi dire creatrice di principii, i quali vogliono essere giuridici. Il diritto internazionale ci presenta gli Stati (§ 19) come parte di una grande società giuridica che tutti li abbraccia, e dove ciascuno di essi è rimpetto al tutto press'a poco nella stessa relazione che intercede fra il cittadino e lo Stato entro i confini di questo. Mai si potè forse vedere un completo isolamento degli Stati (1): oggi è venuto meno per la facilità e rapidità delle comunicazioni sì che pochi sono i popoli, i quali si possano considerare staccati da quella grande società civile che oggi si avvia a corrispondere all'umanità. Ma esaminando i fatti (ed anche riconoscendo la importanza di questi vincoli sociali fra gli Stati) bisogna pur dire che la giustizia è tuttora nazionale, ossia ristretta ai confini di ciascuno Stato; non vi ha ancora una giustizia internazionale (2).

L'idea che guida i cultori del diritto internazionale fu vivissima nei giuristi filosofi della scuola del diritto naturale (§ 2). Essi vagheggiavano un vero *ius gentium* e si spinsero fino al grande concetto di una *civitas gentium*, o come noi diremmo, di una società giuridica degli Stati. Se vi si ha dun-

(1) Bel saggio storico su certe figure di commercio come vincolo fra le genti è quello del Grierson, *The silent trade, a contrib. to the early history of hum. intercourse*, Edinbourgh 1903.

(2) « La socialità, come ogni altra formazione naturale ha sempre progredito *diventando*. Ma non è diventata ancora totalmente.... nell'epoca presente è già nata e cresciuta anzi viva e forte la virtualità che porta verso.. la *internazionalità* ». Ardigò, *Op. filosof.*, III, pag. 145. Cfr. *Op.*, IV, pag. 28.

que un ramo della giurisprudenza in cui domini una parte ideale, questo è appunto il diritto internazionale (1). È un concetto del diritto simile a quello del diritto naturale. Vi è un dualismo dello *ius* della retta ragione, come dicevasi, e lo *ius* della realtà. Nondimeno i cultori del diritto internazionale ne difendono entusiasticamente il carattere di diritto positivo, pratico, vigente di fatto, ammettendo tutto al più che sia un diritto meno completo di altri rami giuridici. Ma come si concilia ciò con la mancanza di una potestà superiore ai singoli Stati, la quale abbia potere legislativo ed esecutivo? A coloro i quali negano il diritto internazionale viene risposto (2) che essi guardano il moderno diritto territoriale e nazionale nella sua immediata origine, nella sua processuale affermazione, nella sua coercibilità. Che dimenticano invece esser le presenti istituzioni il frutto di un lungo svolgimento storico il quale mostrava nel passato grande somiglianza con le condizioni dell'odierno diritto internazionale. Che il concetto del diritto positivo non può esser tratto da ciò che è proprio di singole cerchie giuridiche in un età di pieno svolgimento. Che neppure lo Stato è oggi onnipotente entro i suoi confini: la coazione, teoricamente sicura, vien meno non di rado nella pra-

(1) Con ciò non mi spingerei sino a dire con lo Jellinek, *System der. subjet. öffentl. Recht,* pag. 297 che « il vecchio diritto naturale celebra tutt'ora nei sistemi del diritto naturale le sue ben note orgie ».

(2) Prendo per tutti lo Heilborn, *Völkerrecht*, nella *Encyklop. der Rechtsw.* dello Holtzendorff (6.ª ed. curata dal Kohler), II, pag. 977 e seg. V. ad es. nello stesso senso il Nys, *Le droit intern., les principes, les théor., les faits*, Paris 1904, sect. prém.

tica. Si potrebbe rispondere che, appunto guardando il passato, niuna aspirazione o regola sociale ci appare come diritto se non quando giunge a poter essere fatta valere coattivamente. Che (pur consentendo non potersi, nè doversi ricondurre ogni diritto al potere legislativo) paragonare il diritto internazionale a un diritto consuetudinario non è giusto, perchè la consuetudine ha forza obbligatoria come una norma di legge. Le regole consuetudinarie che non acquistarono questo carattere rimasero fuori della cerchia del diritto. Ed oggi pure molte regole in uso fra gli Stati son fuori di questa cerchia, al pari di quelle facoltà che poi si dicono diritti fondamentali degli Stati (1). Va bene che vi fosse un diritto anche prima che lo Stato si affermasse con un potere giudiziario; ma dire che alla tutela del diritto provvedeva allora un regolamento privato e la difesa individuale, è concedere che il diritto internazionale si trova ancora affidato all'ultima *ratio rerum*, la guerra. L'analogia coi diritto pubblico (§ 22) non vale se si spinge a quei casi nei quali neppur esso ha raggiunto un completo carattere giuridico. Se poi si vuole ammettere il diritto internazionale come diritto senza coazione, si parte da una premessa inaccettabile (§ 14).

Nondimeno a porre qui fra le scienze giuridiche (2)

---

(1) Cfr. A. Cavaglieri, *I diritti fondam. degli Stati nella soc. intern.*, Padova-Verona 1906. Questa analisi somiglia a quella dei diritti dell'uomo nei filosofi del secolo XVIII.

(2) Nelle precedenti edizioni di questo libro io non aveva parlato che di politica internazionale: di ciò mi era stata mossa critica dal Catellani nel periodico *La Cultura*, N. S., I, 1891, pag. 633-34.

quel diritto m'inducono forti ragioni. La giurisprudenza odierna ha ormai costruito un sistema, dal quale sarebbe impossibile staccare il concetto teorico di un diritto internazionale. Anche alle autorevoli e concordi affermazioni dei giureconsulti e degli uomini di Stato (parlano di diritto internazionale coloro stessi che ne contestano più o meno il carattere giuridico) possiamo ascrivere il valore di un fatto paragonabile ai nostri fatti giuridici. Inoltre chi sa come lento e faticoso sia il passaggio dalla norma puramente morale alla norma coattiva (§ 9) deve pure ammettere certi istituti in formazione giuridica. Quando egli, volgendosi al passato, mal discerne il momento in cui dall'una fase si venne all'altra, poichè ciò accadde gradatamente e insensibilmente, non può negare che oggi pure si matura a grado a grado, e quasi senza che ce n'accorgiamo, un regolamento giuridico delle relazioni fra gli Stati. È ben vero che manca tuttora un ben ordinato e sicuro modo di coazione simile a quello dei diritti la cui giuridica formazione è completa. Eppure la voce della scienza che si ode nella scuola e nei periodici congressi dei cultori del diritto internazionale, degli uomini di Stato e dei membri dalle camere legislative dei diversi paesi, non meno che la opinione pubblica internazionale, aiutata da una stampa pure internazionale, contribuiscono al rispetto di certe regole di condotta degli Stati e soprattutto dei trattati che essi stipulano fra loro. La civiltà dei popoli tende a livellarsi e, giovata pure dallo spavento di una guerra odierna e delle sue conseguenze, consiglia la pace e suggerisce quegli accordi e quelle soluzioni che ne favoriscono il mantenimento. Il socialismo, nelle sue più pure aspirazioni alla pace

universale, non è che un aspetto di questa civiltà umana che rafforza tanto più l'idea di un diritto *inter gentes*, quanto più si schiera, con rosee illusioni, contro la guerra. Sarebbe quindi ingiusto paragonare l'efficacia immediata del diritto naturale del secolo decimottavo a quella dell'odierno diritto internazionale. Rimase il primo nella cerchia dei filosofi giuristi e assai scarsa efficacia ebbe nella pratica del diritto, sebbene molta gliene fosse ascritta. Gli uomini di Stato e i governanti, o trascurarono il diritto naturale, o lo considerarono come un'astratta dottrina. I nostri uomini di Stato e i governanti sono sotto la immediata efficacia del diritto internazionale, che ha veramente imposto ad essi talune delle sue norme.

Il diritto internazionale *regola i diritti e i doveri degli Stati nella società di cui si considerano parte e determina le limitazioni reciproche che ne derivano all'assoluta territorialità del potere sovrano.* Come per gl'individui entro lo Stato si ha un coordinamento e subordinamento delle loro facoltà alla necessità della convivenza sociale, così gli Stati, quali organi di sovranità in un determinato territorio (§ 10), entrano nella società degli Stati sottoponendosi a necessarie condizioni di convivenza sociale. Quanti sono gli aspetti della sovranità di uno Stato, altrettanti sono i possibili conflitti fra Stato e Stato (1), Se oggetto del conflitto è la per-

(1) Cfr. per quest'ampio concetto che fa considerare anche il diritto internazionale privato come parte integrante del diritto internazionale. Catellani, *Stor. del dir. intern. e de' suoi rec. progr.*, Torino 1895, pag. 7 e seg. Secondo ciò che accade di ogni disciplina che si viene formando, anche la posizione logica dei vari rami del

sonalità stessa dello Stato come organo di sovranità (offesa all'indipendenza, al territorio, ecc.) si ha, secondo l'usuale distinzione, un conflitto di *diritto internazionale pubblico*. Se oggetto del conflitto sono gli stranieri entro uno Stato o nei loro atti, nelle loro relazioni reciproche, o fra essi e i cittadini e nei loro diritti patrimoniali, si parla, secondo un'*opinio communis* (che più o meno vuole affermare un ramo a sè della giurisprudenza) di un conflitto di *diritto internazionale privato* o anche di un *conflitto fra le leggi nello spazio*. Ma se ben si consideri, anche in questo caso soggetto di conflitto sono « gli Stati considerati nella loro funzione legislativa e nella loro potestà di giurisdizione cioè nella esplicazione della propria sovranità » (1). Le leggi tutte dello Stato non si estendono oltre il suo territorio; ogni Stato ha diritto di escludere dal proprio territorio ogni applicazione di legge straniera. Nondimeno la convivenza sociale degli Stati, il desiderio di cooperare al conseguimento di certi comuni fini umanitari producono una serie crescente di limiti alla territorialità

---

diritto internazionale si presta a molte discussioni. Cfr. Fusinato. *Di una parte alquanto trasc. del dir. intern.*, nel volume *Pel XXXV anno d'insegn. di F. Serafini*. pag. 3 seg.; E. Cimbali, *Di una nuova den. del così detto dir. intern. priv.*, nel period. *Lo Spedalieri*, n. 5 marzo 1892 e la relativa *Polemica* nel n. 7 settembre 1892 dello stesso periodico; Anzilotti, *Studi crit. di dir. intern. priv.*, Rocca S. Casciano 1898, pag. 1-191; Gemma, *Proped. al dir. intern. priv.*, Bologna 1889, in specie le due prime lezioni; Fedozzi, *Il dir. proc. civ. intern.*, I, Bologna 1905, pag. 6 seg.

(1) Così il Catellani nella *Riv. ital. per le sc. giur.*, XXXV, 1903, pag. 375.

delle leggi di uno Stato. Così, considerando la estensione extraterritoriale di ogni categoria di leggi di uno Stato nella cerchia della società degli Stati si può parlare di un diritto *internazionale privato* e di un *diritto commerciale internazionale,* come di un *diritto amministrativo e penale internazionale.* Ci si offrono sempre qui delle funzioni sovrane di uno Stato fuori del suo territorio; lo Stato, nel cui territorio debbono avere efficacia, le ammette o quasi le fa sue attuandole (1) in omaggio alla società degli Stati.

Questo completo disegno logico del diritto internazionale non ci deve far dimenticare che esso è un diritto in formazione. Nel diritto privato abbiam veduto compiersi, quanto al soggetto, un graduale perfezionamento (§ 19) e, nel diritto pubblico, ridursi lo Stato, idealmente almeno, al suo ufficio di organo a servigio di una società civile (§ 22). Nel diritto internazionale dovrà avvenire un'eguale affermazione dei naturali soggetti del diritto e la società degli Stati convertirsi in una grande cooperazione di forze non a vantaggio di politico equilibrio o di malcelate prepotenze o cupidigie, bensì a servigio dell'umana famiglia.

Convertire una relazione in giuridica val quanto darle una stabilità che, se anche non è perpetua, come crede il volgo, ha indubbiamente una certa durata. Quando pure altri ostacoli non si opponessero alla giuridicità delle relazioni fra Stato e Stato, sarebbe equo consacrare quella condizione politica in cui

---

(1) Così quando uno Stato ingiunge ai propri giudici di applicare le leggi straniere e di render possibile l'esecuzione di sentenze straniere.

trovansi oggi non pochi di essi e sottoporre tutte le loro controversie ad un supremo areopago? Forse il fattore della nazionalità ha ormai prodotto ogni suo naturale effetto e deve esser dimenticato? Quali sono gli Stati (1) che veramente debbono figurare come individui nella grande società degli Stati? Affermare che unico fondamento per costruire un sistema razionale e perfetto nelle odierne relazioni fra i popoli sia il concetto di nazione equivarrebbe a gettar l'anarchia nella pratica internazionale. Affermare d'altra parte che la nazionalità è uno stadio nella evoluzione che i popoli occidentali hanno già sorpassato sarebbe per lo meno disconoscere le leggi che governano la vita dei popoli, la quale conta a secoli i suoi anni. È un puro sogno d'idealisti o una brutta arma di parte l'asserzione che le nazioni debbano scomparire fuse e, direi quasi, inghiottite dall'umanità. Questa sarà anzi un giorno una grande federazione di nazioni (2). Come nell'interno ordinamento di ciascun popolo il sentimento nazionale coopererà a far scomparire le antitesi di classe così, fra tutti quei popoli (che non arbitrio di dominio, ma legge di natura distingue) cesseranno le dolorose antitesi d'onde nacque la guerra, quando ognuno di questi avrà riconquistato la sua naturale unità.

---

(1) In tale questione di sommo interesse teorico e pratico cf. già E. Cimbalì, *Lo Stato sec. il dir. intern. univers.*; Roma 1891.

(2) Cfr. Fedozzi, *Il princ. di nazion.*, nell'*Ateneo veneto* del 1895, e Gasparotto, *Il princip., di nazionalità nella sociolog. e nel dir. intern.*, nella *Riv. Ital. p. le sc. giur.*, XXIV, 1898, pag. 61 sg., p. 305 sg. Mi valgo delle osservazioni di loro che furono nostri cari discepoli.

L'Italia non può, nè deve dimenticare quel principio di nazionalità che la fece risorgere ai dì nostri da un avvilimento di secoli. La teoria che la nazionalità è il « fondamento del diritto delle genti » (1), solennemente affermata dalla cattedra, si attuava a grado a grado durante la nostra rivoluzione. Questa teoria, come ogni altra, ha le sue imperfezioni; ma sarebbe ingiusto condannarla perchè divenne per noi un'arma di battaglia e perchè fu condotta nella scuola italiana anche ad esagerazioni (2). Inutile è infatti una teoria se non giova a quei bisogni pratici che in gran parte ne spiegano, ben si rifletta, l'origine e la fortuna. Ogni teoria ha le sue esagerazioni; alcune son effetto della forza stessa con cui dapprima ha bisogno di presentarsi sul campo di battaglia. Certamente gli Stati ci appariscono oggi come soggetti del diritto internazionale perchè essi soli trovansi in grado di fissare presentemente certe relazioni fra loro; ma noi non dobbiamo in alcuna guisa trattenerci dal vagheggiare quell'ordinamento che meglio risponde al trionfo dei naturali soggetti del diritto, ossia delle nazioni, anche nella società degli Stati.

Le norme del diritto internazionale derivano dalla volontà stessa degli Stati, poichè non v'è

---

(1) È il titolo della famosa prelezione del Mancini tenuta il 22 gennaio 1851 nell'Università di Torino, così sgradita all'Austria. Si può leggere fra le *Prelezioni* di lui pubblicate dal Pierantoni, Napoli 1873. Cfr. Pierantoni, *Storia del dir. intern. in Italia*, 2.ª ed., Firenze 1902, pag. 960 e seg.

(2) Cfr. la bella difesa che già ne fece il Fusinato, *Il princip. della scuola ital. nel dir. intern. pubbl.*, Macerata 1884.

un'autorità superiore ad essi. Quelle norme hanno dunque, nella loro forma di precetti, comune a tutte le norme giuridiche (§ 14), un fondamento nel consenso degli Stati. Il quale può essere tacito e espresso: nel primo caso si ha la consuetudine, nel secondo il trattato internazionale; questa seconda fonte tende ormai, anche in questo ramo di relazioni, a surrogare la prima. Erroneo sarebbe paragonare in tutto e per tutto il trattato internazionale ad un contratto del diritto privato; questo definisce interessi e punti controversi fra le parti, quello, oltre a tale ufficio « transitorio », può formolare, o insieme a questo regolamento o a sè, delle norme di diritto internazionale (1). Il rispetto a questi trattati è sotto l'egida del generale principio *pacta sunt servanda;* solennemente riconobbero anche le potenze riunite a Londra, nella seduta del 17 gennaio 1871, « qu'aucune puissance ne puisse se libérer des engagements d'un traité, ni en modifier les stipulations sans le consentement des puissances contractantes » (2).

Sarebbe ciò non ostante un'illusione che per tutta la cerchia delle relazioni internazionali si possa avere eguale fiducia in questo mezzo delle convenzioni. Fu ben detto che, come nel diritto privato s'incontrano argomenti in cui non si può far transazione, così nel diritto internazionale. Un popolo non potrà certamente, se non caduto in bassa condizione o av-

(1) Chi voglia erudirsi intorno a certe sottili dispute e distinzioni in questa materia dei trattati ricorra alla nota di A. Cavaglieri, *Un'interessante quest. sulle fonti del dir. intern.*, nel *Filangieri* del 1903.

(2) *Nouveau recueil gén. des traités* (Martens), XVIII, pag. 278.

velenato da falsi tribuni, transigere sulla propria indipendenza e sulla propria nazionalità. Uno Stato che tiene soggette delle terre di altra nazionalità non si adatterà a restituirle con un trattato se non dopo una sconfitta. Ben si comprende perciò come oggi il principale ufficio dei trattati sia quello di regolare certi sommi interessi sociali degli Stati (poste, telegrafi, ecc.). Alle illusioni (1) appartiene infatti in gran parte quella pure che predica rimedio sicuro alle possibili contese internazionali l'arbitrato già in precedenza stabilito, o con designazione di un tribunale arbitrale stabile o genericamente, nelle convenzioni fra due o più Stati. E quali sanzioni hanno le sentenze arbitrali? (2). Ma quando pure si abbia fede in qualche sanzione, forse le più gravi questioni che dividono i popoli possono essere decise, oggi almeno, con arbitrati? Deliberatamente vengono escluse da essi: tacendone si crede di sopprimerle; così il disarmo è tutto a vantaggio dei più forti. Lo stesso cultore del diritto internazionale non può non pensare tuttora a quella « guerra general divina » che, secondo il poeta Walt Whitman, sarebbe l'ultima e darebbe definitivo assetto ai popoli. Certamente il naturale assetto di ogni popolo si rifletterà sulla società degli Stati.

---

(1) Cfr. Catellani, *I tratt. d'arbitrato e le att. garanzie della pace* (*Att. Ist. ven.*, 1903-904, t. LXIII, p. II, pag. 841 seg.). Non mi scandalizza perciò la frase dello Jellinek (spiaciuta a molti) che la comunità degli Stati è di « mera natura anarchica », il diritto internazionale « un diritto anarchico » (*Das Recht des mod. St.*, I, pagina 368).

(2) Quest'argomento è studiato con entusiasmo e con corredo di dottrina come *diritto del domani* da J. Dumas, *Les sanctions de l'arbitr. intern.*, Paris, 1905.

Anche i conflitti che diciamo di diritto internazionale privato ci presentano un *ius inter gentes* in formazione. Infatti la storia di quello mostra un crescente trionfo della extraterritorialità delle norme di diritto privato rimpetto alla loro originaria territorialità (1). Ma sino ad ora ogni Stato fissa nelle proprie leggi quei casi e quei limiti di applicazione nel proprio territorio delle leggi straniere, che in una fase più progredita del diritto internazionale, dovrebbero essere determinati da una vera e propria autorità superiore a tutti gli Stati. Il giudice applica le proprie leggi ristrette al territorio in cui imperano anche quando, come nel nostro codice civile, sembrino, riguardo agli stranieri, un precetto internazionale. Tutt'al più egli potrà nei casi non decisi ispirarsi alla voce della scienza sotto la forma dei principii generali del diritto (2). Manca tuttora un organo che rappresenti anche da tale aspetto la comunità giuridica internazionale. La funzione di essa spetta per ora a un Istituto di dotti e alla scienza, la quale ha ereditato dalla scuola storica tedesca, duce F. C. de Savigny (3), troppo a torto creduta senza pratica efficacia, il grande concetto che gli Stati, quanto alle leggi civili, son parti della stessa famiglia di Stati. Non si tende così ad un diritto civile uniforme per tutti i paesi del mondo; quanto piuttosto ad un accordo sull'uso di alcune regole

(1) Cfr. Catellani, *Il dir. intern. prov.*, pag. 509.

(2) Cfr. sull'importante argomento Diena, *Tratt. di dir. comm. intern.*, I, Firenze 1900, Introd., pag. 36-40; Fedozzi, *Cenni sull'interpr. delle leggi di dir. intern. priv.*, negli *Studi in on. di V. Scialoja*, II, pag. 451 e sg.

(3) Sulla sua dottrina cfr. Catellani, *Il dir. intern. priv.* II, Torino 1902.

uniformi per l'applicazione delle leggi civili vigenti in ciascun Stato fuori del rispettivo territorio (1). E per ora qui pure non resta che la via delle convenzioni internazionali con cui gli Stati si obbligano a decidere in egual modo certe controversie o a introdurre eguali norme nel proprio diritto (2).

Considerando pertanto la generale importanza dei trattati internazionali, ben si comprende l'utilità di un corso di *Storia dei trattati e diplomazia* che completa quello del *Diritto internazionale*.

§ 28.
Il diritto ecclesiastico.

Il diritto canonico, dopo aver diviso con lo *ius civile* l'onore della cattedra per secoli nei nostri Studî, continuava ad essere largamente insegnato nella prima metà del secolo decimonono. E se ne faceva non pure un'esposizione dogmatica; ma si addestravano gli scolari alla esegesi dei sacri canoni. Già la Riforma aveva tentato, senza riuscirvi, di abolire in Germania lo studio del diritto canonico (3). Parve ai dì nostri un trionfo delle idee liberali e della separazione dello Stato dalla Chiesa

(1) Catellani, *Del confl. di norme di dir. intern. priv.* (*Atti Ist. ven.*, t. VIII, s. VII, 1896-97, pag. 1647 sg.).

(2) Perciò appunto fu detto che non vi è ancora un diritto internazionale privato sopra gli Stati non stretti da convenzioni; ma soltanto un diritto privato internazionale interno o entro ciascuno Stato: Zitelmann, *Internat. Privatrecht*, I, Leipzig 1895, pag. 35 e sg., pag. 106 e seg.

(3) Cfr. Kohler, *Luther und die Juristen*, Gotha 1873; Sachsse, *Luther und das can. Recht*, Halle 1884.

abolire le cattedre di diritto canonico (1). Così scomparvero dalle nostre università: gli stessi titolari di quelle chiesero talora il passaggio ad altro insegnamento. Per le indispensabili nozioni di diritto canonico si credette bastasse quel poco che se ne poteva attingere da altri corsi (2).

Intanto e per i bisogni della pratica e per la persuasione del grande valore storico del diritto canonico e perchè insomma una parte ne è viva tuttora o per tacito o per espresso consenso dello Stato, specialmente in materie da esso non regolate, rinacquero presso di noi le cattedre di diritto canonico dapprima come corso libero, poi come ufficiale insegnamento. Anzi nell'ultimo scorcio del secolo decimonono non mancò in Italia un felice risveglio anche in questo ramo della giurisprudenza, come riconoscono pur gli stranieri (3). Nè si vollero così, certamente, far risorgere le antiche cattedre di *ius canonicum* o *pontificium*. Già sul principio di quel periodo di risveglio i cultori (che con nome tradizionale si continuarono a dire del diritto canonico) salendo, ben preparati, la cattedra, dichia-

(1) Jacobson, *Das. kan. und. kirchenrechtl. Studium sonst und jetzt in Italien, Franchreich etc.*, nella *Zeitschr. f. Kirchenrecht*, I, 1861, pag. 225 e seg.

(2) Pel matrimonio dal diritto civile; per la materia dei benefici dal diritto civile e dal diritto amministrativo; pei rapporti fra Chiesa e Stato dal diritto costituzionale. Cfr. l'art. 2 del regolamento della nostra facoltà 22 ottobre 1885, pel caso che non vi fosse una speciale cattedra di diritto canonico. Il regolamento vigente del 1906 vuole in ogni facoltà legale una cattedra di diritto ecclesiastico.

(3) V. Friedberg, *Das kan. und das Kirchenrecht*, Leipzig 1896.

ravano il concetto odierno della loro scienza (1). E si affermavano e si affermano non rinnovatori del puro diritto canonico, sivvero cultori e insegnanti di un diritto ecclesiastico; il quale non si deve concepire in antitesi al diritto canonico o separato totalmente da questo, quanto piuttosto stretto ad una parte di esso, come in nuovo sistema.

Il diritto ecclesiastico è *il diritto che regola materie riguardanti la Chiesa*. L'odierno diritto ecclesiastico pertanto deriva da tre fonti diverse: dalla legislazione stessa della Chiesa; dai concordati fra essa e lo Stato fin dove son tuttora possibili; dalle leggi su materie ecclesiastiche che lo Stato fa da sè, come organo della sovranità e perciò indipendente dalla Chiesa.

Se noi ora ravviciniamo il nostro concetto di diritto ecclesiastico alla partizione fondamentale del diritto (§ 18), si vede che quello abbraccia norme del diritto pubblico e del privato. Senza dubbio la Chiesa figura anche soggetto di diritto privato; e si può fare un'esterna partizione delle materie di diritto privato e di diritto pubblico ecclesiastico, secondochè vi domina l'interesse della collettività politica imperante, quello della società ecclesiastica, quello dei suoi membri (2). Ma è necessario vedere

---

(1) Cfr. Scaduto, *Il conc. mod. del dir. ecclesiast.*, Palermo 1885; Ruffini, *Lo stud. e il conc. od. del dir. eccl.*, *Riv. it. p. le sc. giur.*, XIII, 1892, pag. 35-71; Manenti *Conc. e import. dello stud. del dir. eccl.*, Macerata 1892; *Brevi consid. sopra alc. conc. fondam. del dir. eccl.*, Siena 1900; Calisse, *Il rinnov. del dir. eccl. in Italia* (*Studi sen.*, X, 1893, pag. 347-62); Galante, *Dir. can. e dir. eccles.*, nel period. *Il Filangieri*, XXII, 1897.

(2) Cit. Gareis, *Encyklop. und Method. der Rechtsw.*, § 57. Sarebbero di diritto pubblico le norme sul *placet*

se all'esterna partizione corrisponde il criterio sostanziale. Per ascrivere a un diritto privato ecclesiastico i principî dell'interno organamento delle società ecclesiastiche, le norme sull'amministrazione del patrimonio delle Chiese, ecc. bisogna eguagliare le Chiese stesse in tutto e per tutto a persone giuridiche del diritto privato. E d'altra parte un *ius privatum* presuppone un impero più o meno grande della volontà dei *singuli;* questa invece nella cerchia della Chiesa non è il criterio decisivo per stabilire le loro facoltà e i loro obblighi. Diritti e doveri loro hanno pure il fondamento nell'ordinamento della Chiesa, che arbitrio del singolo subietto di diritto non può modificare. Se noi prendiamo a considerare le comunità ecclesiastiche come organismi e il loro diritto in sè e per sè, cioè a dire senza riguardo allo Stato, non si può coordinare il diritto ecclesiastico alle due somme categorie di *ius publicum et privatum*. Questa partizione infatti pone (§ 18) a fondamento lo Stato entro cui ogni diritto si attua. La Chiesa invece è un organismo, il quale, conforme alla sua missione e alla sua tendenza, giunge ad avere bensì negli Stati un'esterna figura; ma va oltre o può andar oltre uno Stato. Da più aspetti, in specie nell'età di mezzo, essa svolse pure il suo diritto indipendentemente dallo Stato. Pertanto il diritto ecclesiastico può essere contrapposto soltanto nella sua unità, in pari modo, al diritto pubblico e al privato, come al diritto secolare o laico in generale. Così siamo tuttora al dualismo antico del-

---

regio, la riserva di alcuni diritti di conferma, ecc. Sarebbero di diritto privato i principî dell'interno organismo delle società ecclesiastiche, le norme per l'amministrazione del patrimonio delle chiese, ecc.

l'*ius civile*, e ci vien fatto di pensare ai *doctores in utroque iure* (1).

Ma ormai la Chiesa non è più sovrana, nè istituto che crea il diritto; lo Stato per le esterne relazioni degli uomini è l'unica potestà cui spetta di regolarle. In quanto più Chiese o comunità religiose stanno entro lo Stato, sono sottoposte alla sua sovranità e prendono rimpetto ad esso soltanto la posizione d'istituti, corporazioni, associazioni. Perciò, se è possibile anche ravvicinare al diritto privato certi istituti del diritto ecclesiastico, questo, come diritto delle singole Chiese, costituisce una parte del diritto pubblico (2), ossia del diritto di associazione riconosciuto dallo Stato.

Tale concetto è moderno. La gloria delle antiche nostre cattedre di diritto canonico tramontò assai presto; mentre il fiore delle equità canoniche s'innestava nel diritto civile, i canonisti sopraffatti dall'onnipotente autorità papale perdettero ogni energia di ricerca ed ogni libertà di discussione (3). Predominava tuttora nel secolo decimottavo anche in Germania l'antico tipo del diritto canonico; ma già uno dei grandi maestri dello *ius naturale* (§ 2),

---

(1) Cfr. la importante monografia dello Hinschius, *Das Kirchenrecht*, nella *Encyklop.*, 5.ª ed., pag. 860 seg. Mi sembra che queste osservazioni del maestro, caro alla mia memoria, siano ancora decisive.

(2) E naturalmente si deve considerare in tutti quegli aspetti che convengono alle relazioni fra Stato e Chiesa. Pur troppo, come giustamente nota il Ruffini, *La quota di concorso. Stud. di dir. finanz. eccles.*, Milano 1904, p. 1, taluno di questi rami del nostro diritto pubblico (così il diritto finanziario ecclesiastico) è totalmente trascurato. Di qui dubbi ed errori in teoria e in pratica.

(3) Cfr. Ruffini, loco cit., pag. 39 seg.

il Thomasius, aveva per la prima volta parlato di un diritto ecclesiastico in senso nostro (1). Nella *Delineatio historiae iuris civilis* egli sostenne che il progresso del diritto ecclesiastico consiste nel liberarsi dal *Corpus iuris canonici*, sottoponendo e coordinando la Chiesa allo Stato e al suo diritto. E già nella dissertazione *de jure principis circa adiaphora*, appoggiandosi al Grotius, al Conringius, al Pufendorf, al Brunnemann, aveva difeso il diritto dei giuristi di decidere in questioni ecclesiastiche e rivendicato al principe quello di statuire intorno ad esse. I libri in cui queste dottrine erano contenute passavano tosto in Italia conservando ancora la lingua latina la universalità della scienza. Se si pensa che gli antichi Stati italiani avevano sostenuto con Roma grandi lotte, ci si potrebbe figurare che da quei libri traessero buone armi contro l'assolutismo papale. Ma niuno spirito d'indipendenza aleggiava allora nel diritto ecclesiastico degli Stati d'Italia, salvo forse in quello del regno delle Due Sicilie. Tanto più si deve ricordare la cattedra di gius pubblico ecclesiastico che nel 1768 la Serenissima istituiva nello Studio di Padova «per un oggetto massimo di Stato quale è quello di aver maestri e scolari di quelle facoltà che sostengono gli Imperii e le ragioni del Principe» (2). Ebbe quella cattedra un buono e dotto sacerdote, Angelo Antonio Fabbro di Valdobbiadene, ed espose da essa

(1) Landsberg, *Gesch. der deutsch. Rechtswiss.*, III, pag. 89 e la mia cit. nota, *Per la storia della giurispr.*

(2) Cfr. la mia memoria, *Una cattedra di dir. pubbl. ecclesiast. nello Studio di Padova nella sec. metà del secolo XVIII* (*Nuovo Arch. Veneto*, 1905, N. S., T. II, p. II).

fino dal 1772 un corso di lezioni, che lo mostra ardito precursore dell'odierno diritto ecclesiastico. Così nello studio di Padova, accanto alla cattedra di diritto pubblico, delle genti e di natura, istituita sin dal 1761, era sorta un'altra cattedra di diritto pubblico con l'epiteto di ecclesiastico per il bisogno di dividere e suddividere le cattedre di diritto filosofico, come un tempo si erano divise e suddivise le cattedre del testo romano. Il Fabbro rompeva bruscamente la serie dei professori di diritto canonico confinati in una tediosa esegesi delle decretali e schiavi della tradizione curialistica che vietava loro di discutere anche di materie discutibili senz'offesa della religione. Egli aveva studiato pure il Grotius, il Cocceius, il Boehmerus e inchinava al febronianismo, spavento dei curialisti romani, mentre nondimeno allignava nelle Università cattoliche tedesche. Professava egli insomma un *ius ecclesiastico-laicum* dicendo se stesso non canonista, nè teologo. Nella prima parte del corso trattava *de potestate summi Principis quoad leges Ecclesiasticas*, nella seconda *de potestate summi Principis quoad Personas et Res ecclesiasticas*; nella terza *de summi Principis potestate quoad iudicia ecclesiastica*. Tutta la trattazione del nostro professore palesa l'efficacia della grande scuola del diritto naturale nei concetti e nel metodo. Il linguaggio è preso da filosofi e canonisti avversi alla curia romana. Un punto capitale da considerare qui è la dottrina giusnaturalistica della potestà del principe e, come diciamo ora, dello Stato (1) di far leggi su materie eccle-

(1) Infatti il Fabbro insegnava: *Summi Principis nomine moralem illam personam significari penes quam sive sit unus singularis homo,.. sive sit unus civium*

siastiche che non siano di religione. Perciò il Fabbro non dà ai libri del *Corpus iuris canonici* se non quell'autorità che ad essi accorda lo Stato e nella misura in cui viene accordata. Appena il programma del Fabbro fu conosciuto, si scatenò contro di lui una battaglia di tutti coloro che avevano l'animo fiaccato da una snervante superstizione. Non giovò che il pubblico revisore dei libri in punto di religione, sacerdote anch'esso, niente avesse ravvisato di censurabile in quel programma; non giovò la conclusione del consultore teologo in Venezia favorevole al Fabbro. La repubblica veneta infiacchita, « troppo stracca », come disse argutamente il Fabbro, lo destituì dalla cattedra con parte presa in Senato addì 4 aprile 1772.

Il diritto ecclesiastico odierno ha un'importanza storica e un'importanza pratica.

L'importanza storica gli deriva dall'essere stato anzitutto la legge della Chiesa cristiana; il diritto canonico è stato giustamente detto (1) cosmopolita, cristiano, conservatore. Cosmopolita perchè, secondo il pensiero di S. Paolo, doveva affratellare tutti i popoli; cristiano perchè cercò di attuare presso i popoli l'ideale d'una vita conforme ai precetti della religione cristiana; conservatore perchè, avendo fissato certe norme, le quali furono come criterî direttivi del viver sociale, offrì agli umani consorzî una base sicura e gradita sebbene poi tal pregio si convertisse in danno del diritto stesso che divenne antiquato. Dire dell'efficacia del gius

---

delectorum ordo... sive sit unus popularium coetus, est humana Majestas.

(1) Dal Friedberg nel cit. discorso, di cui mi valgo.

canonico sullo svolgimento del diritto (1) è compito del corso di *Storia del diritto italiano* (§ 20): compito arduo se non si procede con tutta serenità ed imparzialità; se non si pone mente che certe dottrine oggi ripudiate furono un tempo universalmenc gradite; se non si distingue, secondo giustizia, ciò che la Chiesa volle da ciò che gli venne fatto di attuare. La efficacia del diritto canonico, ossia di uno dei fattori del nostro diritto, non si comprecomprende se non si considera come sorse quel diritto e qual fine volle con esso conseguire la Chiesa. La parola κανών significò già nei classici greci, metaforicamente, regola, prescrizione, norma. È naturale che i cristiani chiamassero « regole » per eccellenza quelle contenute nella sacra scrittura e che complessivamente la parola canone indicasse l'elenco dei sacri libri che la Chiesa riconosce come regola della fede. E κανόνες si dissero pure gli ordinamenti degli apostoli, dei sinodi, dei concilii, non meno che i punti singoli o paragrafi di un testo sacro, di un sinodo, di un concilio, di una collezione. Quando a Bologna rifioriva lo studio del diritto romano, il monaco Graziano compilava ivi un gran compendio di citazioni di canoni cercando di concordarli fra loro; e fu questo il primo nucleo del *Corpus iuris canonici* che doveva rivaleggiare col *Corpus iuris civilis*. La Chiesa infatti non restò sempre chiusa in uno sterile cerchio di discussioni teologiche; ma, considerando la vita terrena come una preparazione alla vita futura, fece anche quella oggetto delle proprie cure. Onde le leggi

(1) Un bel quadro ne offre lo Schupfer, *Man. di stor. del dir. ital.*, 3.ª ediz., Città di Castello, 1904, pagine 292 sg.

della Chiesa non pure ordinarono il clero, il culto, la penitenza; ma mescolarono insieme principii giuridici e principî morali in una moltitudine di regole che va dalla nascita alla morte dell'uomo e lo considera in tutta la sue più importanti relazioni.

Questa legislazione venne appunto copiosamente applicata nei tribunali ecclesiastici, e i maestri del diritto la combinarono con l'*ius civile*. La storia della giurisdizione ecclesiastica è delle più importanti per spiegare come a poco a poco il tribunale ecclesiastico, gradito, per varie ragioni, alla generalità degl'individui (1), potè formare una giurisprudenza romano-canonica, in cui si mescolano «elementi giuridici, dogmatici e morali» (2). Grande ne fu l'efficacia sulla difesa del possesso, sull'usucapione, sui contratti, sui testamenti, sugli atti illeciti, sulla legittimazione dei figli, sul matrimonio (3). Ma se non fosse avvenuta, anche nella dottrina, una fusione del diritto romano, col canonico, consentita dagli stessi maestri dello *ius civile*, sarebbe sempre rimasto uno spiccato dualismo tra il diritto civile e l'ecclesiastico: nè sempre avrebbe giovato la minaccia di scomunica al giudice laico, il quale non avesse voluto applicare i precetti del diritto canonico. La discordia fra i maestri dello *ius canonicum* e quelli dello *ius civile* doveva invece farsi men viva quanto più scendiamo verso l'età moderna; i civilisti non consideravano omai con-

(1) Cfr. la mia versione del Glück, *Comment. alle Pand.*, V, pag. 207, n. *a*.

(2) Friedberg, loco cit.

(3) Ho cercato di tener conto di questa origine canonica di taluni dei nostri istituti nelle mie *Istitut. di dir. civ. ital.*

trario alla *ratio iuris*, come un tempo, il diritto canonico e riconoscevano che non di rado migliorava e ammodernava qualche istituto giuridico romano. Rimasero distinte le cattedre; ma nel fiore del secolo decimosesto, i maestri passavano indifferentemente dalla une alle altre (1). Un grande tribunale ecclesiastico come la sacra Rota romana « divenne nel fatto il migliore dei tribunali civili, quello nel quale la dottrina del testo romano è stata sempre meglio coltivata » (2).

La pratica importanza del diritto ecclesiastico deriva dalla impossibilità stessa di staccare in ogni sua relazione la Chiesa dallo Stato. L'ignorarsi a vicenda di questi due istituti sarebbe fatale ad ambedue; Stato e Chiesa vivono sullo stesso territorio, sebbene con missioni diverse ed abbracciano generalmente gli stessi individui; Stato e Chiesa stanno di fronte così come li ha contrapposti una lunga tradizione storica. Non parrà strano pertanto che si asserisca esser tuttora in vigore, secondo lo spirito e la lettera stessa delle nostre leggi, una parte del diritto canonico. La benefica formola di battaglia « libera Chiesa in libero Stato » non può significare altro che la piena superiorità dello Stato rimpetto ad ogni Chiesa o comunità religiosa; le quali tanto più debbono essere garantite da esso nella loro missione. Negare questa o impedirne il libero svolgimento entro i limiti del'ordine pubblico e dell'unità politica nazionale, varrebbe quanto negare un fatto psicologico di valore sociale come il sentimento

(1) V. il mio libro *La scuola pad. di dir. rom. nel secolo XVI*, cap. VII.

(2) Giusta osservazione del Forti, *Istit. civ.*, lib. I, c. 8, § 411.

religioso. Garantire la libertà della Chiesa e delle comunità religiose è già creare un ramo del diritto che dicesi appunto ecclesiastico. Per le nostre condizioni è soprattutto un diritto ecclesiastico cattolico.

§ 29.

Il diritto comparato.

Questa frase generica abbraccia ogni aspetto della comparazione nella giurisprudenza (cfr. § 4). Dopo aver esaminato tutti i rami delle scienze giuridiche, noi dobbiamo constatare come un fecondo lavoro di ricerche vuole oggi costituire una giurisprudenza comparata. Con l'esame delle istituzioni giuridiche di tutti i popoli raggruppati in famiglie (1), essa ci offrirà veramente una teoria generale dell'evoluzione del diritto e delle cause di essa, basandosi sulla storia del maggior numero possibile di sistemi giuridici (2). I vantaggi che si ricavano dalla giurisprudenza comparata, sebbene non ancora giunta a maturità, sono già grandi. La cerchia dell'osservatore del diritto nella sua storica formazione si allarga oltre quell'antichità classica o storica in cui sin qui è confinato (cfr. § 9). Cade l'idea di un'evoluzione ristretta a ciascun popolo quasi fosse un territorio staccato da ogni altro: si ravvisano i caratteri uniformi delle unità etnologiche e quanto

(1) Onde l'importanza di una giurisprudenza etnologica. Si legga la bella prefazione dei traduttori (Bonfante e Longo) del Post, *Giurisp. etnolog.*, Parte gen., vol. I, Milano 1906.

(2) Parole di un degno nostro cultore dell'etnologia giuridica, il Mazzarella, *Il met. negli studi di etnol. giur.* (*Riv. ital. di sociolog.*, X, 1906, pag. 605).

vi sia di vero nei rapporti tra le istituzioni dei nostri remoti avi e quelle dei popoli ai primi gradini della civiltà (§ 9); si veggono le trasmigrazioni e gl'innesti delle istituzioni da un popolo all'altro (§ 6). Soprattutto la giurisprudenza comparata, e la etnologica che ne è parte fondamentale, dànno il colpo di grazia alla illusione del diritto assoluto, immutabile, uniforme nei concetti fondamentali presso ogni popolo (cfr. § 15). Non v'è ramo della giurisprudenza che non si possa rinsanguare con queste ricerche.

Ma il diritto comparato o, come si dice più comunemente, la legislazione comparata (1), ha un ufficio più umile sebbene di grande importanza pratica. Lo studio delle diverse legislazioni vigenti (2) è considerato in vario modo: o come un completamento del diritto internazionale privato e del diritto civile interno che si vuole così approfondire; o come uno dei fattori della politica civile (§ 33); o come un ramo della sociologia descrittiva (§ 37); o come il mezzo di scoprire, col confronto dei sistemi giuridici paragonati fra loro, il fondo comune dei concetti e delle istituzioni che vi è latente, riunendo così un insieme di massime comuni a queste legislazioni, che di giorno in giorno si può arricchire e completare. Sipensi che, per rimediare alla rigidità e manchevolezza dei moderni codici (§ 39), è stato suggerito che il giudice, dove tace la legge, s'ispiri al diritto comparato. E che vi è chi considera questo diritto come un diritto

(1) Cfr. Lambert, *Études de droit commun. législ.*, prem. part., I, Introd., pag. 916.

(2) Nel disegno del Meili, *Institut. der vergleich. Rechtswiss.*, Stuttgart 1898, è unito il quadro comparativo dei diritti antichi a quello delle leggi odierne.

comune legislativo che sgorga da una più o meno vasta comunità giuridica e dovrebbe avere, rimpetto al futuro diritto, quello stesso ufficio di preparazione che spettò al diritto comune consuetudinario (1).

Si consideri anche che il livellarsi della civiltà fra i vari popoli li spinge a desiderar nuove leggi. Non tutti attuano contemporaneamente questo loro desiderio: il popolo più vigile e ardito fa leggi, che l'altro popolo studia ed imita. Chi anche dubita se il giudice possa ispirarsi, nei casi non decisi dal codice, al diritto comparato, sa che a questo volge l'occhio il legislatore e lo scenziato in ogni ramo della giurisprudenza (2).

Viva è l'efficacia anche oggi sul nostro diritto pubblico dello studio del diritto pubblico straniero; viva quella dello studio delle leggi civili straniere, sopratutto del codice civile tedesco sul nostro diritto civile (3). L'odierno giurista addottrinato non vuole cieche imitazioni di leggi d'oltr'alpe; ma le studia spregiudicatamente, le vaglia, ne attinge il buono senz'alcun pregiudizio paesano.

---

(1) Cfr. per questi vari modi di concepire l'ufficio della legislazione comparata la dotta opera del Lambert. Presso di noi la legislazione figurava come corso complementare nel precedente regolamento: secondo il vigente (art. 1) può essere istituito su proposta del Consiglio di Facoltà.

(2) Onde l'importanza delle riviste di giurisprudenza e legislazione comparata (vari tipi ne offrono l'inglese, la tedesca, la francese) e dei libri che ci fanno conoscere, nei suoi vari rami, un diritto straniero.

(3) Come si vede ogni giorno negli usuali richiami dei civilisti. Cfr. in generale Leonhard, *Das neue Gesetzb. als Wendep. der Privatrechtswiss.*, e per la Francia la monografia dello stesso autore, *Französische Stimmen über das deutsch. bürg. Gesetzb.*, nel 1.° e nel 17.° fasc. degli *Studien zur Erläut. des bürg Rechts.*, editi da lui stesso a Breslau.

CAPITOLO VI.

Le scienze politiche e sociali nel sistema della giurisprudenza.

§ 30.

Origine, sistema, partizione.

Rimpetto alle scienze giuridiche (§ 18), le politiche e sociali si presentano come giovani discipline, la cui odierna figura incomincia a disegnarsi appena alla metà del secolo decimottavo.

Sarebbe nondimeno grave errore credere che il pensiero umano non appaia qui pure come storica formazione (§ 3) ed abbia creato così di recente queste scienze: piuttosto (anche per una di quelle misteriose accumulazioni di sapere che, proprio degli avi, rivive in noi come nuovo) esso fece tesoro delle ricerche frammentarie qua e là disperse, tentò fonderle in sistemi, prese talora nuove vie, ammaestrato dagli errori stessi degli studiosi. Sembrerà quindi naturale che idee di economia politica si trovino negli scrittori greci, come nei giureconsulti romani (1) e che la odierna scienza politica possa

(1) V. Alessio, *Alcune rifless. intorno ai concetti del valore nell'antichità class.* (*Arch. giur.*, XLII, pag. 379-423); Oertmann, *Die Volkswirtsch. des Corpus jur. civ.*, Berlin 1891.

additare una serie di antichi autori i quali hanno cooperato alla sua formazione (1). Ed anche qui l'insegnamento del diritto romano ha preparato mirabilmente il pensiero alla osservazione ed al concetto dinamico dei fenomeni, i quali sono obietto di scienze politiche e sociali, e può essere tuttora un'ottima educazione propedeutica per lo studio di queste (2).

Nè tutti i fatti che le odierne scienze politiche e sociali indagano e vogliono regolare sono nuovi. Leggendo l'antica storia con l'occhio esperto dello scienziato, che ormai non si ferma alla vita dei re o degli uomini di genio, ci si offrono problemi simiglianti agli odierni. A Roma il problema dell'ingerenza dello Stato nell'aumento della popolazione e dei matrimonî si palesa nella *lex Iulia de maritandis ordinibus*. Si trattò del modo di limitare i possedimenti privati, impedire la formazione dei latifondi, la soverchia concorrenza del lavoro degli schiavi a quello dei liberi con la *lex Licinia Sextia* del IV secolo della città. I fenomeni connessi con quella sovrapopolazione, che anche oggi travaglia le metropoli e qualche intiero Stato, si vedono pure nell'antica Roma: trovi gli usurai del terreno fabbricativo, l'ingordigia dei padroni delle case d'affitto, le lagnanze del popolo per il soverchio prezzo delle pigioni e il grido dei tribuni chiedenti il loro ri-

(1) Cfr. Mohl, *Die Gesch. und Litterat. der Staatsw.*, I, 1855, pag. 217-264; Rehm, *Gesch. der Staatsrechtsw.* (grande parte dedica alla Grecia); Jellinek, *Das Recht des mod. Staat.*, I, pag. 52 e seg.

(2) Cfr. le osservazioni del prof. Saleilles, *Quelques mots sur le rôle de la méthode histor. dans l'enseign. du droit* (nella *Revue intern. de l'enseign.*, X, pag. 482-503). Brugnetti, *Il dir. rom. e le scienze soc.*, Firenze 1896.

basso e il condono (come in parte avvenne nel periodo di transizione dalla repubblica all'impero) di questi debiti (1). E quanti confronti coi dolori di oggi non suggerisce la lettura della *Costituzione degli Ateniesi?* (2).

Così scorrendo la storia dei tempi di mezzo e dei moderni t'imbatti in molti dei problemi economici, politici, sociali che un odierno gruppo di scienze doveva studiare con metodo scientifico di giorno in giorno più rigoroso. Onde a ragione fu detto esser le miserie antiche: fatto nuovo e moderno l'intelligenza che le scopre, l'umanità che le cura. Ed io aggiungerei: che vuole curarle in modo razionale. Invero i tentativi erronei di pubblica assistenza sono antichi e ne offre già lo Stato in Roma, per non salire più in addietro. Ma alcuni fenomeni che son oggetto delle scienze politiche e sociali si vennero generando dallo assetto nuovo politico ed economico dello Stato: l'odierna produzione della ricchezza non si può paragonare all'antica, diversi sono i rapporti tra il capitale e il lavoro, diversa la questione del salario. La lotta per la terra che agita l'antica storia (3) è ingrandita sino ad una lotta per la ricchezza in tutto il fiore delle sue forme. Son sorte pretese e con-

(1) Cfr. la bellissima monografia del Pöhlmann, *Die Uebervölkerung der antik. Grossstädte im Zusammenhange mit der Gesammtentw. städt. Civilis. darg.*, Leipzig, 1884.

(2) Cfr. la mia cit. memoria nel volume *Pel XXXV anno d'inseg. di F. Serafini.*

(3) Si legga l'opera del Pöhlmann, *Gesch. des antik. Kommunismus und Sozialismus*, München 1893-1901. Utile quadro è pur quello del Cognetti-De Martiis, *Socialismo antico*, I, Torino 1888.

traddizioni nuove dall'uguaglianza delle classi sociali. Nuovi bisogni appaiono dovunque (§ 10).

Non si può dire che le giovani discipline di cui discorriamo vivessero di già, quando un pensatore ne esponeva qualche punto in un solitario volume spesso non letto nè inteso, non di rado considerato come sovversivo del trono e dell'altare. È necessario che una scienza abbia un dominio da tutti o quasi tutti riconosciuto, una speciale letteratura e proprie cattedre, ed affacci la pretesa, omai legittima, di dirigere l'azione dello Stato.

Le cause ritardatrici delle scienze politiche e sociali, considerate qui nel loro insieme, furono svariate. Anzitutto il falso concetto dello Stato (§ 10): esso era fine a sè stesso, non operoso pel benessere sociale: fuor de' suoi compiti giuridici (tutela del diritto) niente altro si diceva spettargli. Invero i compiti sociali dello Stato vedonsi entrar nella sua missione soltanto quando sia giunto ad un alto gradò della sua vita (1). Come pel diritto pubblico (§ 22), così per queste scienze fu grave ostacolo il divieto di sindacare gli atti dei governanti. A quel modo che oggi la polizia opera di nascosto, e trae di qui la sua forza, negli scorsi secoli tutta la macchina dello Stato doveva restare nel mistero; un' opinione pubblica, dovuta agli spiriti illuminati, appena svolgevasi lottando contro questo segreto e la censura (2). Quantunque in Inghilterra già dopo la rivoluzione del 1688 si consolidasse la pubblicità dell'azione dello Stato, ad

(1) Cfr. Stein, *Die Verwaltungslehre*, I, pag. 12.

(2) Cfr. l'interessante libro dello Holtzendorff, *Wesen und Werth der öff. Meinung*, München 1879.

eguale progresso della politica non si giunse nel continente prima della fine del secolo decimottavo; e cercarono poi di arrestarlo le così dette restaurazioni, col ritorno del potere ai depositi. Naturalmente la statistica, che è una di queste discipline sociali ed un solido fondamento di tutte, dovette seguire tal legge storica. Dapprima fu coltivata da qualche isolato pensatore: gli scrittori politici nostri dettero anche bell'esempio di ricerche statistiche a servigio del loro tema (§ 32). Poi, quando gli Stati credettero opportuno di far quelle ricerche coerentemente all'indole della loro azione, ebbero uffici segreti, in sulle prime ristretti alla raccolta di notizie, a scopo militare, sul numero dei cittadini, sulle risorse del paese ecc. (1). Sotto il regime costituzionale, in specie dopo i moti rivoluzionari del 1830 le indagini statistiche ufficiali cominciano sotto nuovo aspetto o si riordinano o soggiacciono alla pubblicità. Ma i governi assoluti vi ripugnavano tuttora, non permettendo che a pochi, qualche volta ai soli professori, di esaminare i documenti ufficiali (2). Oggi l'azione dello Stato è sottoposta di continuo al sindacato del cittadino come individuo ed a quello collettivo della pubblica opinione che la censura, la consiglia, le assegna i confini. Lo Stato comprende fra i suoi servizi il raccogliere ordinatamente e compiutamente le notizie statistiche, che presenta poi di buon grado alla pubblica discussione, ai dotti, al giornalismo.

Al nascimento delle scienze politiche e sociali si

(1) Cfr. Mayr, *La statist. e la vita soc.* (trad. Salvioni 2.ª ed.) pag. 94.

(2) Cfr. Mischler, *Alte und neue Universitätsstatistik*, Prag 1885, pag. 5 e seg.

oppose inoltre per lo addietro un dannoso empirismo, una pratica gretta, ispirata da pregiudizî, da tradizioni, dal puro desiderio di provvedere alle esigenze del momento, la quale guidava in ogni caso l'azione dello Stato. Le dottrine dei filosofi sembravano speculazioni inattuabili: e tali parvero dapprima quelle stesse che condussero alla rivoluzione francese. È ben vero che un tempo il senno pratico aveva fatto sorgere, come in Roma, così nelle nostre repubbliche, mirabili istituzioni politiche, finanziarie, economiche. Ma erano omai o guaste, o inerti, o soffocate dall'interesse dei despoti, da secoli primeggiante su tutto. Per sottrarre ora l'azione dello Stato alla gretta pratica confacente alla opinione del nessun valore politico della società civile era d'uopo riformare dapprima tutti i congegni di questa ed ascriverle nuovo valore (§ 10). Così i provvedimenti dello Stato sin quasi ai dì nostri furono unilaterali, appena utili pel momento e per un intento, dannosi per l'altro e per l'avvenire. Si ricordino le antiche largizioni di pane ed i *congiaria* ai proletarî di Roma e delle grandi città dell'impero, la generosa, ma inconsulta elemosina moltiplicante le schiere degli accattoni randagi di paese in paese nel secolo XVI (1). Si ricordino gli oneri e i tributi imposti violentemente ai pópoli e senza alcun riguardo alla floridezza duratura dello Stato. Oggi si vuole invece che tutti i provvedimenti dello Stato sieno considerati sotto ogni aspetto, ed in questa connessione di tutti i lati loro spicca, già lo dicemmo, l'odierno carattere dei problemi della giurisprudenza (§ 17) e la più bella giustificazione delle scienze politiche e

(1) De Gerando, *Della pubblica benefic.*, I, Introd.

sociali che non debbono restare nella cella dello studioso; ma guidare l'azione dello Stato. Devono essere per noi (§§ 32-33) scienze descrittive, teoretiche ed applicate (1). Così un tempo il glossatore del testo romano vedea tradursi nel fôro quanto aveva meditato nella sua solitaria stanza.

Qual'è il sistema delle discipline che esaminiamo? Qual'è il criterio dialettico (cfr. § 13) con cui le dottrine si sono venute distinguendo e raggruppando in queste scienze? Siamo circondati da dubbî, da categorie mal distinte, da confini non precisi. Ma lo studente non si lasci invadere perciò da un inconsulto scetticismo e dallo scoramento che ne consegue. Già vedemmo come i nostri sistemi formali sieu mezzo di avvicinarci alla cognizione di quell'intimo sistema che preesiste nei fatti. Scorga anzi nella incertezza delle partizioni il formarsi delle nuove dottrine, quel *divenire* del pensiero scientifico, che è carattere precipuo dell'odierna fase della giurisprudenza e che farebbe sembrar questo libro un trattatello di archeologia giuridica, se avesse la fortuna di esser letto fra un secolo. Il Romagnosi divinava il legarsi del diritto civile con la economia; oggi, senza profetica virtù, si può dire che diritto e antropologia, scienze giuridiche, politiche e sociali son destinate a convergere sem-

(1) Designo così il loro complessivo ufficio. Ben dice lo Jellinek, *Das Recht des mod. Staat.*, I, pag. 6: « Una precisa linea di confine fra scienza descrittiva e dichiarativa (o teorica) non si può facilmente tirare, specialmente nella cerchia delle scienze sociali ». E v. fra noi nello stesso senso egregiamente Trojano, *Classificaz. delle scienze in generale e delle sociali e politiche in partic.*, Napoli 1897, pag. 12.

pre più e in parte a fondersi. Allora cadranno molte partizioni oggi necessarie; le quali tuttavia anche nella loro odierna fase non debbono rappresentare tanto un'antitesi, quanto una determinazione di singole cerchie di osservazione.

L'opera di partizione delle scienze, purchè non artificiosamente esagerata, costituisce una selezione delle parti fallaci dalle vere (così si è liberata l'astronomia dall'astrologia, la chimica dall'alchimia) o un'estensione del pensiero che osserva e riflette (così nella medicina, nella giurisprudenza, ecc.) e quindi statuisce confini entro i quali attende a nuovo lavoro. Come il duce antico estendeva, dopo la vittoria, il pomerio della città, lo studioso moderno allarga la cerchia della sua scienza in parte per le vittorie degli avi, in parte per le proprie. Così è accaduto della giurisprudenza (§ 17). Già ne fu determinato l'odierno aspetto; resta che vediamo in qual relazione si trovino con essa le scienze politiche e sociali.

A tal fine, più che partire da una distinzione del carattere o ufficio di queste scienze (§ 31), sembrami qui pure opportuno rifare brevemente il cammino che esse hanno percorso per giungere sino a noi.

Dapprima si affermò come scienza a sè il diritto e parve che ogni dottrina dei fatti umani si riducesse entro i confini di quella. Poi la speculazione filosofica si volse allo studio dello Stato; ma questo assorbiva il concetto di società civile (§ 10). Infatti non era essa che una piramide di classi o istituzioni chiuse coattivamente entro il disegno voluto dallo Stato. La scienza dello Stato o politica, come ebbe nome dal greco, credette di comprendere legittimamente lo studio di tutti quanti i fenomeni della

vita sociale. Dapprima si parlò di scienza politica, poi di scienze politiche per indicare i vari rami da cui si guardava lo Stato. La terminologia è rimasta sino a noi. La storia giustifica appunto questa precedenza cronologica delle scienze politiche come figura a sè, rimpetto alle scienze sociali.

I filosofi del diritto naturale, volendo liberare l'uomo dalle tirannidi in cui l'aveva incatenato l'ordinamento sociale antico, combattevano le tradizionali istituzioni politiche e volevano sgombrare il terreno fra l'individuo, uomo e cittadino, da un estremo e il principe dall'altro. E di tanto quanto si spazzava il terreno delle giurisdizioni feudale ed ecclesiastica, dei diritti signorili, dei privilegi di classe, di altrettanto cresceva, sì da divenire assoluto, il potere del monarca. Ma il monarca si mutava a poco a poco in un concetto astratto, in un istituto impersonale, lo Stato (§ 10). Ogni dottrina sociale non poteva essere che una dottrina dello individuo o una dottrina dello Stato. Così nacque l'età moderna col diritto naturale (§ 2) e con la politica ora teoria, ora azione (§ 22). Per vedere come anche i rivoluzionari francesi volessero distruggere ogni termine intermedio tra individuo e Stato basta leggere la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e considerare quelle leggi con cui venivano distrutte tutte le corporazioni, le società, le accademie (1).

---

(1) Ben dice il Terrat, *Du rég de la propr. dans le code. civ.* (*Le Code civil*, 1804–1904, T, pag. 346): « La Révolution par una série de décrets avait aboli tous les grands corps du royaume. Elle avait détruit tous les groupements... Elle avait prononcé la dissolution de toutes communautes, corporations. académies, sociétés

Si cadde così inevitabilmente in un panteismo politico giustamente paragonato al panteismo filosofico (1). Come questo è roso da un'interna contraddizione che lo riduce ad un misticismo assorbente i finiti nell'infinito vivente; così il panteismo politico, roso da una lotta di esigenze irreconciliabili, o si converte in un collettivismo che concepisce lo Stato quale unica sostanza vivente e gl'individui niente altro che fenomeni e momenti di essa o va nell'altro estremo di concepire soltanto l'individuo come vivente e sopprime lo Stato. Credette nondimeno la filosofia politica del secolo decimonono (ne son specchio i più famosi filosofi tedeschi (2)) di poter salire, oltrepassando le forme concrete e reali degli Stati, all'idea di Stato, « allo Stato concepito e veduto nella sua idealità pura, la quale è ad un tempo la sua concreta realtà, perchè spoglia e depurata di quelle determinazioni e sovrapposizioni fenomeniche ed eventuali, che, lungi dal formare parte della realtà, la impugnano, la offuscano, la negano » (3). Anche le recenti trattazioni di scienza politica o scienza dello Stato sono

---

litteraires, etc. Plus d'associations, plus de groupements, plus de corps, et par suite, plus de patrimoine corporatif. En haut, l'Etat; en bas l'individu; entre ces deux termes extrêmes, pas d'intermédiaire ».

(1) Così benissimo il Petrone, *La filosof. polit. contemp.*, 2.ª ed., Roma 1904, pag. 14 e seg., da cui prendo lo svolgimento geniale del confronto. E ben dice pure il Terrat, loco cit., pag. 347: « On voulait que l'individu fût tout; il ne fut rien. D'une part l'Etat se trouva obligé de tout centraliser.... D'autre part l'individu isolé se sentit impuissant ».

(2) Cfr. anche sopra pag. 51.

(3) Petrone, op. cit., pag. 15-16.

in parte travagliate da questa illusione metafisica. Se ci volgiamo indietro, essa non ci par nuova; così (per non risalire più in su) il legista bolognese sognava la felicità degli uomini nell'*imperium mundi* dei successori di Cesare e l'Alighieri, con eguale persuasione, descriveva una perfetta forma di Stato nella *monarchia*.

Fra i due termini estremi individuo e Stato, per necessità storica di distruggere le malsane costruzioni, si era fatto il vuoto. Ma dando alla necessità storica la forma logica e filosofica astratta si era stati fuorviati dalla più grande delle illusioni. Già la realtà delle cose era mutata e quel vuoto si riempiva di nuovi nuclei sociali (§ 10), quando il dotto cominciò ad accorgersene. Non manca una « mediazione » fra l'individuo e lo Stato: « tale mediazione è la società, ossia l'organamento e la cooperazione spontanea degl'individui e dei gruppi che formano, come a dire, uno Stato sociale, coordinato e subordinato allo Stato *ut sic*, ovvero allo Stato giuridico » (1). Mentre pertanto in passato le scienze di Stato o politiche credettero di poter com-

(1) Mi servo delle parole del Petrone, op. cit., pag. 230, perchè, mentre sono il *confiteor* di un uomo di genio che riconosce l'impotenza della filosofia politica a sè e per sè, spiegano anche una inevitabile tendenza generale dell'odierno pensiero scientifico allo studio della società civile. E fra noi non sarebbe difficile trovar saggi di questa tendenza modernissima che rimontano ad anni lontani. A Lucca il dott. Pelliccia pubblicava nel 1855 *La scienza dell'ordine sociale*, Italia 1855, frainteso dai più, accusato dinanzi al tribunale ecclesiastico. Il Gabba si volse ben presto allo studio della società civile; del Carle vogliono esser ricordati qui i *Saggi di filosof. sociale*, Torino 1874; *La vita del dir.*, Torino 1880.

prendere lo studio di tutte le manifestazioni della vita sociale umana, purchè vi fosse anche lontanamente un legame con lo Stato (1), oggi si sente essere concetto più vasto quello di scienze sociali e dover cadere in esse anche le scienze politiche e la stessa giurisprudenza (2). Stato e diritto non sono che fatti sociali (cfr. §§ 7-10); possono ravvisarsi differenti dagli altri fatti dell'umano consorzio soltanto per la forma e per lo scopo (3): per la sostanza non ne differiscono. Le scienze sociali hanno infatti per loro compito di indagare da ogni lato le manifestazioni dell'umana vita collettiva (4). Si dirigono così all'esame della psiche o dello spirito dell'individuo come ente sociale, ed appartengono perciò alle scienze dello spirito o dell'umana cultura (5). Certamente quella definizione delle

(1) Osserva lo Jellinek, *Das Recht des mod. Staat.*, I, p. 4, che tutte le scienze che hanno ad oggetto fenomeni sociali toccati dall'azione dello Stato o su cui abbia in qualche modo efficacia lo Stato furon dette sino ai dì nostri scienze di Stato, eccetto la scienza del linguaggio ignorata da questo aspetto o assegnata alle scienze della natura.

(2) Già il Romagnosi ravvisa la giurisprudenza, la morale, l'economia, la statistica e la politica come parte di una sola scienza: la scienza sociale. Cfr. Valenti, *Idee econ. di G. D. Romagnosi*, pag. 78 e seg. Si è ora giunti alla stessa affermazione: Mayr, *Begriff und Glieder der Staatswiss.*, Tübing. 1901, pag. 10; Carle, *La filosofia del dir.*, I, p. 518, n. 2.

(3) O per altro aspetto. Ad es. lo Jellinek, *Das Recht*, cit. pag. 3-4 distingue fenomeni sociali, come appunto lo Stato, che hanno unità di direzione in una volontà unica ed altri che non l'hanno.

(4) Ampia definizione dello Jellinek, *Das Recht*, pag. 3.

(5) Questa seconda appellazione è meno comune; ma si diffonde per opera principalmente del Rickert; la prima si può dire ancora dominante e si rannoda alla partizione del

scienze sociali è molto ampia e indefinita; ma quanto sia difficile averne una migliore, che i loro cultori vivamente desiderano, ben si vide al primo congresso di scienze sociali in Parigi nel 1900. Bastò la domanda che cosa sono le scienze sociali, inopinatamente fatta nella prima seduta di quel congresso, per commovere tutti. Si disse che era difficile determinare i confini di quelle scienze; si tentò di definirle in modo semplicemente negativo e quasi per antitesi a ogni altra scienza che abbia già un nome. Il congresso discuterebbe ancora se il Vanderwelde non avesse avuto l'accortezza di osservare che « questo dibattito della definizione sarebbe stato più apportuno al chiudersi del congresso che al suo aprirsi ». Ma il congresso si chiuse senza che alcuno ardisse riproporre lo scabroso problema; e così non furono definite da esso le scienze sociali che in modo affatto provvisorio e puramente verbale. Le scienze sociali, si disse ivi, hanno per oggetto lo studio dei fenomeni sociali col metodo di osservazione (1).

La via da seguire è quella che il pensiero umano ha sempre seguìto; allargando l'idea del Vanderwelde, si può dire che la definizione verrà quando si sarà assai più progrediti in un lavoro che storicamente ha una cerchia ben determinata. Si vuole

---

Wundt (matematiche, scienze della natura, scienze dello spirito) non senza possibili equivoci (v. sopra pag. 16, n. 1). Cfr. su tutto ciò Rava, *La classif. delle scienze e le discipl. soc.*, Roma 1904, pag. 11 e seg., pag. 37 e seg.

(1) Cfr. Hanser, *L'enseign. des sciences sociales. État act. de cet ens. dans les div. pays du monde*, Paris 1903, pag. 21-2 . V. dello stesso autore, *Le prem. congr. de l'ens. des scienc. social.*, Paris 1901, pag. 11.

indagare da ognuno dei suoi multiformi aspetti quella grande formazione naturale che è la società civile da cui tutto parte, e perciò anche ogni politica istituzione. Ma come il lato giuridico di certi fenomeni ci apparve una necessaria astrazione (pag. 20-21), non è escluso che entro l'immensa cerchia delle scienze sociali si proceda ad astrazioni e distinzioni e categorie del sapere risultanti da una combinazione di più e svariate scienze. Le scienze politiche, come scienze dello Stato, ridotte al loro vero valore, possono continuare a vivere in figura a sè nella grande famiglia delle scienze sociali. Il che presuppone una delimitazione anche di esse.

Diconsi scienze sociali in stretto senso quelle che hanno per immediato l'oggetto la società civile nei suoi svariati fenomeni considerando solo mediatamente lo Stato, chè impossibile sarebbe prescinderne del tutto. Diconsi scienze politiche in stretto senso quelle che hanno per immediato oggetto lo studio dei compiti dello Stato e dei mezzi di cui dispone per raggiungerli considerando solo mediatamente la società civile da cui lo Stato non si può disgiungere che per astrazione. Da questa partizione sostenuta fra noi dal Ferraris (1), e già da me accolta in questo libro, neppur la recente letteratura discorda (2); ed è chiara e precisa, purchè si ascriva ad

---

(1) *Saggi*, cit., pag. 45-49.

(2) Si può veder nello stesso senso Mayr, *Begriff und Glied.*, pag. 11: scienze politiche o di Stato nello stretto senso. Ma perchè porre (pag. 11, 25) in una categoria di scienze di Stato in stretto senso metaforico (« le moderne scienze di Stato, le scienze di Stato del professore di cienze d i Stato ») quelle scienze in cui non sta in prima

essa il valore di una distinzione fondata appunto sulla prevalente considerazione di uno dei lati d'un complesso fenomeno. Impera qui pure insomma la logica delle scienze con la necessità delle sue astrazioni e dell'isolamento di un lato o aspetto dei fenomeni dall'altro. Debbo chiarire un' osservazione del Ferraris che può generare equivoco. Egli adopera vecchi epiteti per concetti nuovi: parla di politica *interna* o *costituzionale*, *internazionale*, *ecclesiastica*, ecc. Scrive poi (1): « Parrà strano che io parli qui di politica internazionale e di politica ecclesiastica e non di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico come è uso comune. Ma sono materie che si possono classificare in un campo e nell'altro; solo che, avendo subito l'influenza degli studî preliminari di coloro che vi si dedicarono di proposito (e furono giuristi) assunsero carattere giuridico anche per la mescolanza, ora però assai meno intima, del diritto internazionale pubblico col privato, del diritto pubblico ecclesiastico colla legislazione canonica su materie civili

linea la dottrina dello Stato, bensì soprattutto la dottrina della vita sociale in proprio senso (statistica, sociologia, speciali discipline economiche, politica sociale, ecc.)? Lo Jellinek, che è pure così consapevole dei legami fra lo Stato e la società civile, tiene distinte, senza intrusione di formole eterogenee, le scienze di Stato in ampio senso, che abbracciano anche l'intiera giurisprudenza dalle scienze di Stato in stretto senso (le nostre) a cui si contrappongono le scienze sociali: *Das Recht des mod. St.*, I pag. 6, 79 e seg., pag. 96 e seg. Utile guida per orientarsi nell'odierna formazione di queste due categorie di scienze è tuttora il libro dello Schmoller, *Zur Litterat. der Staats-und Sozialw.*, Leipzig 1888.

1) *Saggi*, p. 48, nota 3.

e penali ». Non si deve intendere (nè credo che il Ferraris voglia dir ciò) che tutta quanta la disciplina del diritto costituzionale e della politica costituzionale (prendiamo questo esempio) possa classificarsi indifferentemente fra le scienze giuridiche e le politiche. Io pongo il primo fra quelle, la seconda fra queste; i due epiteti, benchè uguali, indicano concetti e criterî diversissimi. Il progresso si è ottenuto qui con lo scindere la parte non giuridica dalla giuridica di una scienza; così dicasi della distinzione fra *scienza dell'amministrazione* e *diritto amministrativo*.

Ma appunto pel necessario rispetto alla divisione del lavoro e per ottenere il più ed il meglio dalle diverse energie del pensiero, non ristretto violentemente a determinate cerchie, sorge qui il bisogno d'una domanda. Si dovrà far cadere tutto il regno delle scienze politiche e sociali entro l'impero della giurisprudenza?

A tanto non si deve spingere l'ossequio alla tradizione. Essa ci mostra, è vero, sorte le scienze politiche nel seno dei giuristi. Essa ci mostra anche, a chi ben guardi, i germi delle scienze sociali nei nostri filosofi giuristi e nata l'economia dalle discussioni cui aprì l'adito il diritto naturale (1). Appunto le scienze economiche rappresentarono

(1) Cfr. § 32. Io osservava nella mia nota, *La giurispr e le scienze sociali* (*Riv. it. di sociol.*, VII, 1903, pag. 53) che forse il Mohl apprezza troppo poco il contributo dei giuristi filosofi alla formazione delle scienze sociali. Al Pufendorf, al Gothofredus, al Burlamaqui richiama anche da questo aspetto lo Hauser, *L'enseign. des sciences soc.*, pag. 93 e seg. Il Vico fu precursore di una scienza sociale. (Così, seguendo il Carle, lo dice il Solari, *La*

il muro maestro delle antiche scienze di Stato (1). Nondimeno l'odierna giurisprudenza non chiede altro che di essere conservata nella sua integrità come storica formazione (§ 17). Niun dubbio che, prendendo le scienze sociali nel loro ampio contenuto, abbracciano legittimamente anche la giurisprudenza. Ma, accettando ad occhi chiusi come concetto più generale quello di esse scienze, e come subordinato l'altro di giurisprudenza, abbatteremmo tutto un regime benefico del sapere e spezzeremmo le tradizioni più gloriose e più efficaci di un secolare insegnamento. Presto o tardi si avrebbe il risultato di grette scuole pratiche di legge; e l'angustia del concetto formale del diritto e tutti i pregiudizî dei legisti crescerebbero a dismisura aumentando il dissidio fra i sociologi e gli artefici del diritto (2). Noi schiuderemmo la via ad una logica formale, anche più pretenziosa di quella di oggi, e a nuovi codici più artificiosi dei nostri, perchè il sociologo e il giurista, ciascuno lavorando nella propria cerchia, non saprebbe dare alla legge ciò che è necessario: l'armonia del loro sapere. Il giurista non può scambiare i suoi arti-

---

scuola del dir. nat. nelle dottr. etico-giur. dei sec. XVII e XVIII, Torino 1904 pag. 188). E bene osserva lo Jellinek, *Das Recht*, I, pag. 83, che a torto il Mohl asserisce non aver mai il Rousseau accennato al concetto di società civile o politica. Ne presenta egli anzi un bel disegno (in cui spiccano tanti nuclei sociali costitutivi del maggiore consorzio) nel *Disc. sur l'econ. polit.* per la enciclopedia (*Oeuvres*, Paris 1865, pag. 281-82).

(1) Mayr, *Begriff*, pag. 29. Cfr. sotto § 32 *b*.

(2) Cfr. le mie osservazioni già nella mia cit. nota, *Riv. it. di soc.*, VII, 1903, pag. 50.

coli di legge con la sostanza sociale che vi si chiude; ma neppure il sociologo può creder già ridotta a forma di legge la sua dottrina. Altrimenti i Greci, non i Romani, sarebbero stati i primi giureconsulti del mondo (§ 12).

Nell'odierna fase del sapere si deve pertanto ammettere una cerchia autonoma delle scienze sociali e politiche, che può sfuggire alla facoltà legale per cadere in altra o costituirne una a sè (1). Ma alcune parti di queste cerchie, che ormai si possono concepire anche come autonome, s'incrociano con la tradizionale cerchia della giurisprudenza (§ 17). E più che un incrocio è una combinazione, come è una combinazione il concetto del diritto e persino il concetto del diritto privato (2).

Prendendo pertanto dalle scienze sociali e politiche quelle discipline più o meno svolte che abbisognano per il sistema della giurisprudenza (§§ 32, 33) noi non dobbiamo assumerci il compito, spettante anzitutto ai loro cultori, di discutere del metodo conveniente a quelle scienze. Ma tali discussioni giovano a presentarci in più compiuto aspetto il metodo di ricerca della giurisprudenza (§ 4) e ci

---

(1) Dal libro dello Hauser, *L'enseign.*, pag. 46-48, si può vedere come in talune università straniere l'esservi corsi di scienze sociali della facoltà filosofica non impedisca altri corsi di queste scienze nella facoltà giuridica. Sorga pure questa completa facoltà di scienze di Stato che il Mayr vagheggia; sorgano istituti di scienze sociali. Ma si tenga sempre presente che il giurista non può esser degno di questo nome se non viene ammaestrato in certe cerchie delle scienze sociali e politiche combinate con quella del diritto.

(2) Cfr. sopra, pag. 228, nota 1.

illuminano maggiormente sul valore della storia e della statistica (1). La unità del metodo di ricerca scientifica può essere spassionatamente esaminata.

§ 31.

Se la legislazione muti il carattere delle scienze sociali e politiche.

Accanto ai codici trovasi oggi una legislazione sociale ed economica che, secondo il voto di alcuni, dovrebbe incorporarsi in essi. Io alludo non pure alle leggi con cui lo Stato determina la propria struttura finanziaria, le banche, la circolazione monetaria; ma a quelle con le quali statuisce i limiti della sua ingerenza nel regolare il lavoro degli operai, l'assistenza al povero, l'emigrazione, i diritti delle cooperative, l'azione delle Camere di lavoro, ecc. Tali argomenti, se colpiti da leggi, diventan perciò del tutto giuridici? Ne deriva mutazione al carattere delle discipline sociali e politiche, sì da renderle giuridiche?

Certamente i nostri vecchi schemi di legge sembrano, tuttodì maggiormente, stampi angusti nei quali è difficile comprimere la materia nuova. Abituati per la esperienza accumulata da secoli in noi medesimi a vedere il diritto soltanto nel gius privato, ne sembra che di là più non si abbiano norme giuridiche. Chi ravvisa nel rapporto giuridico soltanto una facoltà di esigere, un diritto da far valere dinanzi ai tribunali,

(1) Cfr. Jellinek, *Das Recht*, I, pag. 8-9; Bartolomei, *Introd. alle scienze soc.*, Roma 1906; Ravà, *Il valore della storia di fronte alle sc. nat. e per la conc. del mondo* (in corso di stampa).

troverà ad esempio che non convertono la beneficenza pubblica in argomento giuridico le leggi inglesi sull'assistenza ai poveri, nelle quali non parlasi mai del diritto di questi al soccorso; ma soltanto di un corrispondente dovere delle autorità. Noi già avvertimmo nondimeno che la coazione a servigio del diritto devesi intendere oggi in un senso più lato (§ 14). Ormai talune relazioni, che le scienze sociali e politiche contemplano, son divenute giuridiche (§ 9): così quella tra lo Stato e il padrone che assume al lavoro un fanciullo sotto l'età legale, tra lo Stato e l'agente d'emigrazione, ecc. Nuovi concetti si sono attuati qui mediante le vecchie figure giuridiche: il delitto, la contravvenzione, il contratto, ecc. Nè i mezzi di cui dispone il legislatore e il giurista possono esser diversi: ciò che è nuovo riassumesi nella crescente giuridicità in lato senso delle relazioni sociali. Se potessimo far l'ipotesi che tutte queste fossero regolate definitivamente da leggi, le scienze politiche e sociali si tramuterebbero tutte quante in giuridiche. Ma per ora si deve ritenere che tutte le leggi sociali (l'on. Luzzatti (1) lo diceva egregiamente di quella nostra del 1886 sul lavoro dei fanciulli) sono un « abbozzo, un acconto che potrebbe degenerare in aborto se non fosse vivificato da successive evoluzioni della nostra legislazione ». Se pertanto il giudice e l'amministratore debbono limitarsi ad applicare e fare eseguire la legge, le scienze sociali e politiche insegnano all'uomo di Stato a scoprirne i difetti, le dannose conseguenze, la unilateralità e suggeriscono

---

(1) *Atti parlamentari*, *Discuss. legisl.*, tornata 8 febbraio 1886.

leggi nuove e migliori. Quando anche fosse per un istante completa la codificazione di certe dottrine politiche e sociali ridotte così ad articoli di legge, sarebbe impossibile che la società civile si cristallizzasse in forme giuridiche sopprimenti la varietà dei fenomeni che si determinano nel suo organismo fisico, economico, intellettuale (§ 10): che lo Stato non trovasse alcun nuovo bisogno sociale cui provvedere indipendentemente dalla legge; che non sentisse il bisogno di mutare in qualche punto i proprî congegni con rapidità maggiore di quella con cui è possibile di mutare un codice. La persistenza delle forze agitanti la nostra società sì da rinnovellarla di continuo, come mare mosso dal vento, è la prima e grande giustificazione di queste scienze sociali e politiche sciolte da ogni angustia di codici. I quali sarebbero schiacciati in un batter d'occhio da leggi speciali, mille volte più presto e in numero maggiore che non sia accaduto per il codice civile. Il vantaggio del codice sociale e politico sarebbe immediatamente perduto.

Si avverta qui che non dobbiamo cadere in una metafisica antitesi, quasi che lo stesso moto non s'impadronisse delle leggi di diritto privato e pubblico. Son passati quei tempi che il codice di diritto privato sembrava una costruzione logica eretta in un mondo ideale, come la ballata e la romanza della letteratura romantica. Oggi lo si vede derivare dalla scaturigine istessa degli altri fenomeni sociali, mescolarsi con l'antropologia, con l'etica sociale, con l'economia, con la politica; farsi norma puramente giuridica passando a traverso il vaglio del legislatore e del giurista. Così non più sogna il filosofo un diritto pubblico dedotto dalla ragione pura che, fervendo quasi potenza creatrice, voglia

imprimere violentemente dovunque un tipo sognato di politica costituzione. Si crede oggi pressochè universalmente (alcuni chiudon gli occhi alla luce) che il diritto pubblico risponda alle esigenze di un momento storico.

Malgrado ciò, la lunga esperienza del passato ci ammaestra che il rinnovamento del diritto il quale regola la condizione civile degli individui e i modi di acquisto, di conservazione, di trasmissione della ricchezza, è men celere di quello che regolasse, anche totalmente in un certo momento, i fenomeni d'indole politica, economica e sociale. Onde un maggior bisogno di seguire questa parte della futura legislazione con un sindacato spettante alle discipline di cui abbiamo discorso. Alcuni fenomeni politici son già attratti nella cerchia giuridica; ma già vedemmo come neppure vi si adatti docilmente tutta la materia del diritto pubblico (§ 22). Nè tutti i fenomeni economici e sociali potranno esser regolati da leggi (ad esempio il meccanismo della produzione della ricchezza); nè sarebbe utile tradurre in formole legislative tutte quelle investigazioni sull'organismo sociale che ci son necessarie per comprendere poi i fenomeni giuridici. Io credo che qui si possa far tesoro di una bella distinzione del Romagnosi (1) fra poteri e le funzioni economiche. I poteri economici « siano impulsivi, siano moderatori, siano sussidiari dell'ordine sociale delle cose godevoli » sono legittimamente ordinati dallo Stato ed esso può costituire il buon temperamento economico del popolo. Per la cerchia delle funzioni « il continuo ondeg-

(1) *Ordinam. dell'econ. dottr.*, c. IV e V (Op. Firenze 1935, X, pag. 29 e seg.). Cfr. Valenti, *Le idee econ. di G. D. Romagnosi*, pag. 33-36, 142-143.

giamento nel corso delle cose godevoli » rende impossibile il « prefinire », nocevole « il disciplinare ». Come è stato ben detto (1), la legge non può dar sanzione a tutte quante le relazioni della vita sociale; ma a quelle soltanto con cui viene stabilita una condizione di cose, o statiche, non già a quelle cui conviene l'epiteto di dinamiche e che si determinano per l'esercizio di una funzione. Il rapporto fra imprenditore e operaio può esser regolato quale contratto; non così l'impresa come funzione e il lavoro come funzione. Impresa e mano d'opera vengono a trovarsi in una serie variabilissima di relazioni economiche (2). Potrà la legge regolare le cooperative come impresa collettiva, non certo determinare preventivamente ogni loro funzione.

Delle scienze giuridiche dicemmo appunto che

---

(1) Valenti, *Il val. pratico delle dott. econom.*, Verona-Padova 1903, pag. 19.

(2) Il Valenti, loco cit., pag. 19-20, così evidentemente formola la differenza: « La sanzione legislativa, avendo carattere di stabilità, non può essere applicata che a rapporti permanenti e questi sono appunto i rapporti di condizione. I rapporti invece che si determinano per l'esercizio di una funzione sono essenzialmente mutevoli. Noi possiamo in qualche modo raffigurarceli come le numerosissime istantanee, con cui nel cinematografo si ottiene la riproduzione di una data azione, le quali pure riproducendo ciascuna una condizione statica, non possono tuttavia essere afferrate distintamente dal nostro occhio pel loro rapidissimo succedersi. Così è del diritto a riguardo dei rapporti dinamici: esso non riesce ad afferrarli e se taluno occasionalmente ne afferra, poichè lo rende per necessità stabile, viene ad interrompere la funzione ».

esse studiano, determinano, raggruppano quelle relazioni sociali « cui conviene il concetto di diritto » (§ 18). Così l'indole della relazione distingue l'oggetto delle scienze giuridiche dalle sociali e politiche senza che perciò non vi sia un continuo insinuarsi di queste nella cerchia di quelle. Ed allora la relazione assume figura giuridica, da qualunque fonte le derivino le norme che la regolano (1). Ma l'utilità o no di fissare stabilmente una relazione sociale è criterio che determina ad un tempo il limite sino a cui una scienza sociale e politica può mutarsi in giuridica.

Guardando nondimeno dall'aspetto più alto della struttura della società civile e del funzionamento dello Stato (§ 10) si può dire che tutti i precetti delle scienze politiche e sociali hanno essi pure l'efficacia di forze superiori, nella loro potenza, alla legge: la preparano, la sorreggono, la scalzano. Le scienze politiche e sociali ristabiliscono nella giurisprudenza l'equilibrio tra la forma e la sostanza, tra il mutabile e ciò che fu astrattamente concepito come immutabile, tra l'eguaglianza teorica delle relazioni giuridiche e la reale diversità che esse soffocano in astratte formole necessarie. Chi avrebbe diversamente avvertito il giurista, innamorato della matematica eguaglianza dei contraenti, che spesso la libertà delle contrattazioni copre una tirannide del forte sul debole? (2). Il giorno che le scienze sociali e politiche avessero assunto totalmente l'aspetto di giuridiche la loro funzione sarebbe venuta meno.

---

(1) Cfr. sopra, pag. 231.
(2) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. ital.*, § 58.

§ 32.

Le scienze sociali.

Noi parliamo oggi comunemente di *scienze sociali* come sino a poco tempo fa si parlava di una *scienza sociale*. Anche qui la lingua attesta nello stesso modo che per la relazione fra politica e scienze politiche (§ 30) una distinzione di concetto, la quale risponde alla gran legge del passaggio delle nostre cognizioni dall'indistinto al distinto. Quella appellazione di scienza sociale, sorta per esprimere una scienza nuova che doveva sostituirne e distruggerne molte altre, s'avvia a divenire un'espressione generica nuova per designare delle scienze già esistenti (1). Ma queste pure sottostanno a notevoli mutamenti di confini e non di rado si spezzano per far uscire dal loro seno nuove discipline; l'epiteto comune di sociali afferma il legame di parentela fra queste scienze; e già una scienza superiore e coordinatrice le vuol riabbracciare in un tutto unico. Affermando qui che vi sono scienze sociali a sè a che a sè debbono essere studiate, già prendiamo un partito nella questione se debbano esse continuare ad aver vita propria rimpetto alla sociologia (§ 37). Qui basti osservare che una disciplina non può produrre frutti se non quando si coltivi come fine a sè stessa, almeno agli occhi del suo cultore che isola così, per astrazione, un certo ordine di fenomeni o un certo aspetto dei fenomeni dall'altro. Considerazioni di economia, di statistica, e persino di morale sociale

(1) Wasserab, *Socialwiss. und sociale Frage*, pag. 8.

abbondano nei nostri scrittori di politica; ma in essi tali ricerche son sempre condotte a servigio di un tema che l'autore vuol dimostrare (1). La ricerca scientifica richiede un esame spassionato e, per così dire, una piena indifferenza dell'osservatore. Se nelle scienze sociali è difficilissimo ottenere il completo disinteresse dello studioso, ci avvicineremo nondimeno a conseguirlo in quel maggior grado che è possibile, evitando che ricerche d'indole economica, etica, statistica siano fatte per uno scopo determinato in precedenza, sia pur quello che si propone la sociologia. Il piano di ogni scienza si deve necessariamente svolgere a poco a poco per la legge della relatività del pensiero (§ 3). Il vizio di quasi tutte le discussioni intorno alle categorie delle scienze sociali (come in genere di tutte le altre) è di dimenticare che anche le classificazioni delle scienze si fanno a poco a poco e si mutano nella storia del pensiero umano (2). Come nel diritto, giova ripeterlo, v'è un sistema intimo o sostanziale che preesiste al sistema formale o esterno, così nel distinguersi e raggrupparsi delle umane cognizioni sul fatto sociale nella sua totalità v'è un sistema intimo che noi non siamo in

(1) Cfr. le belle osservazioni del Solari, *Le origini della statist. e della antropogeogr.* (*Riv. ital. di sociol.*, XI, 1907, pag. 99 e seg.) a proposito del libro del Magnaghi, *Le relaz. univers. di G. Botero e le origini della statist.*, Torino 1906.

(2) Giustamente dice il Ravà, *La classif. delle scienze*, pag. 80: « I classificatori delle scienze non lo hanno *formato* il gruppo delle scienze naturali: lo hanno *trovato*. Esso si è venuto costituendo a poco a poco da sè ».

alcuna guisa autorizzati a modificare e tanto meno a sommergere in una serie del tutto metafisica, spesso individualmente concepita, di categorie. A grado a grado che ci avviciniamo a ravvisare quell'intimo sistema dei fatti sociali e ci domina la persuasione della loro colleganza o mutua dipendenza (1), quelle categorie si spostano, si rompono, si formano diversamente. Chi ben guardi vedrà qui pure il trionfo della dialettica sostanzialmente concepita (§ 13). Lo scienziato sostiene a ragione che è oggi impossibile una classificazione delle scienze sociali poichè mancano tuttora a noi « alcuni corollari del principio unitario dei fenomeni sociali.... che dovrebbero illuminare i rapporti reali di serialità o d'interdipendenza onde vanno legati l'uno all'altro gli ordini sociali » (2). Ma tanto per coloro che si avviano allo studio della giurisprudenza, come per coloro che vogliono guardarla dall'alto, quasi desiderosi di uno sguardo complessivo, non possiamo trascurare il quadro delle divisioni e suddivisioni che storicamente si sono formate anche nelle scienze sociali. È una storia in azione. È utile nondimeno di insistere (cfr. sopra pag. 317) su questo carattere di formazione storica delle ca-

(1) Com'è noto, il Comte (cfr. specialmente la lezione quarantottesima del *Cours de philos. posit.*) affermava recisamente l'inutilità e la irrazionalità di ogni studio separato « des divers éléments sociaux ». Sulla mutua dipendenza dei fenomeni economici cfr. Spencer, *Sociol.*, II, ch. 5. Gli economisti partono da questo principio come caposaldo. Pareto, *Cours d'econ.*, § 605, Nitti, *Princ. di scienza delle finanze*, 2.ª ed., Napoli 1905, pag. 3, 12.

(2) Fragapane, *Ogg. e lim. della filosof. del dir.*, II, pag. 73 sg.

tegorie di scienze sociali e sull'altra parte *dello* stesso concetto la quale si sostanzia nell'ammonimento: ciò che storicamente vediamo essersi formato, storicamente si svolge e continua a formarsi senza che noi possiamo stabilire dei limiti *a priori* I fatti sociali sono i più complessi che mai si possano immaginare e richiedono, per essere studiati, una grande complessità della mente dello studioso (1). Qual mai studioso può esserne pienamente fornito da solo? Col lavoro collettivo e lento; con la cooperazione continua nel tempo e nello spazio di l'uno studioso ciò che manca all'altro. Così si scoprono nuovi aspetti dei fatti sociali e sorge il bisogno di delimitare nuove cerchie di lavoro a sè. Infatti, è opportuno ridirlo, una scienza può affermarsi e fiorire soltanto quando cessa di essere ancella o accessoria di altra con cui era confusa. Si pensi alla statistica che si staccò dalla politica e dalla descrizione delle *respublicae*; alla demografia che si è staccata ormai dalla statistica.

Questo collettivo lavoro di formazione e distinzione delle scienze sociali riconduce a proporci la domanda: qual'è il metodo che i cultori di esse debbono seguire? Certamente spetta ad essi medesimi di discuterne (cfr. § 30); ma ci è lecito di ricordare ciò che insegna la storia del pensiero, il quale può dirsi contemporaneo. Nè si esce da quelle generali linee che già furon poste sopra parlando del metodo (§ 4). Come tutta la prima giurisprudenza filosofica fu deduttiva, così anche le scienze sociali nacquero quali scienze di ragionamento in quanto, cioè come nella statistica, la ricerca non fosse d'indole

(1) Spencer, *Introd. à la science soc.*, pag. 135-136

del tutto positiva. L'induzione penetrò anche nelle scienze sociali sotto forma di ricerca storica (§ 5) e si rinvigorì con altri sussidî. Ben presto nondimeno riprese vigore una tendenza a porre principî e assiomi da cui per deduzione si traessero conseguenze, sino al punto di formare delle scienze sociali astratte. Le quali, sebbene vengano presto smentite dai fatti, generano intanto fallaci opinioni non pure fra i dotti, ma fra le moltitudini, che se ne servono per arma di battaglia. E come il Leibnitz già tentò di applicare a questioni giuridiche il metodo e le figure della geometria (1), e tutta la scuola dei filosofi del diritto naturale procedè con un ragionamento di forma geometrica, si è tentato e si tenta ai dì nostri di applicare il metodo matematico alle scienze sociali. In economia si parlò dapprima di espressione matematica di grandezza non misurabile (2); ma ormai si sale coraggiosamente ad una vera scienza matematica della economia sociale. Ciò significa, secondo il matematico, che gli elementi cessano di essere esaminati dall'aspetto qualitativo per essere esaminati dall'aspetto quantitativo e che definizioni e principî li determinano indicando il mezzo di misurarli (3). Eccederebbe i limiti di quest'introduzione il dar giudizio di questi tentativi: nessun limite si dee porre all'umano pensiero (pag. 157, n. 1) anche perchè l'ipotesi ha un valore scientifico

---

(1) Si veggano nelle sue opere le memorie di diritto romano trattate con questo metodo.

(2) È la nota espressione del Jevons, *The théory of polit. Economy*, London 1888.

(3) Cfr. Volterra, *Sui tentativi di appl. della matem. alle scienze biologiche e soc.*, Roma 1901; *Les mathém.*

(§ 4) e l'intuizione può precedere talora la ricerca positiva. È bene nondimeno ammonire i cultori delle scienze sociali che il giurista, nella sua cerchia, non può certo procedere col rigore matematico dei principî (§ 13) e che per lui il precipuo vantaggio delle scienze sociali fu quello di averlo persuaso che certe concezioni sono puramente formali (§ 31) e che eguaglianze in astratto sono spesso in concreto forti diseguaglianze (1). Tutti poi coloro i quali aspirano a sommi principî e assiomi di scienze sociali debbono guardarsi dal ricadere nell'errore in cui erano caduti i filosofi del secolo decimottavo. Allora dell'individuo si era costruito un astratto e ingannevole concetto; oggi si può ripetere l'errore per il concetto di società civile. Essa non può essere studiata che al lume della storia e della statistica (§ 10), come in generale le scienze sociali difficilmente possono arricchirsi di solide dottrine senza l'osservazione continua dei fatti. Si ripetone volentieri le parole autorevolissime del Mill (2o sulla difficoltà di usare il metodo sperimental

---

dans le scienc. biol. et soc. (*Revue du mois*, I, 1906); Pareto, *Questions d'écon. polit.*, nella *Encycl. des scienc. math.*; I, 4 art. 26 (I, 2, E dell'ed., ted.); Pantaleoni, *Princ. di econ. pura*, Firenze 1890, *Scritti vari di econom.*, Palermo, 1904.

(1) Il Levi, *Per un progr. di filosof. del ditr.*, pag. 53, osserva: « quando i dati che si studiano non possono tradursi in quantità, l'uso dei procedimenti matematici resta frustrato ». Nondimeno anche il giurista riduce a qualità astratte e fisse relazioni concrete e mobilissime. Meglio di ogni oltro tocca questo punto lo Jellinek, *Die Lehre des mod. Staat.* I pag. 30.

(2) *Logique*, l. VI, ch. VII.

nelle scienze sociali. Ma è stato ben detto (1) che « se non è in nostro potere *produrre* i fatti e *isolare* artificialmente i fenomeni che vogliamo studiare, noi possiamo basare le nostre osservazioni sui fatti che si *producono* », non affermando mai se non quanto dai fatti sia provato. Lo studioso di scienze sociali deve appunto colpire un certo ordine di fatti ed analizzarli completamente senza preoccuparsi di violazione di confine tra quelle scienze, a quel modo che il giurista non teme di oltrepassare e mescolare le due categorie giuridiche (§§ 18, 19, 22).

Quali sono dunque le scienze sociali? Se nella espressione scienze sociali si debbono comprendere, com'è naturale, tutti quanti i fenomeni di relazione fra individui dotati di psiche (2), ne viene che amplissimo è il regno di quelle scienze. A ogni fenomeno sociale e talora anche a ciascuno dei più importanti lati di un fenomeno sociale può corrispondere una scienza che ha tutto il diritto di chiamarsi sociale. Così è scienza sociale tanto quella che studia il diritto e lo Stato come quella che studia il formarsi e il diverso atteggiarsi della psiche umana, il sorgere e il fiorire dell'arte, della letteratura, delle religioni, ecc. nelle società umane. Ma noi per utilità di partizione didattica, storicamente avvalorata, abbiamo già considerato a sè le scienze giuridiche (§ 18) e distinte le politiche (§§ 30, 33) dalle sociali in stretto senso. Qui vogliolonsi considerare quelle scienze sociali che son parte integrante della giurisprudenza quale si è storicamente formata (§ 17). Il che è a dire che

(1) Nitti, *Princ. di scienza delle fin.*, pag. 9.
(2) Ravà, *La classif. della scienze*, pag. 126.

vogliamo presentare al giurista quei fenomeni sociali o quei lati di un fenomeno sociale che hanno immediata relazione col diritto (1).

Il diritto, come vedemmo, è un fenomeno della psiche collettiva di un popolo (§§ 8, 9); la scuola storica ci lasciò qui in eredità un grande problema psicologico (§ 6). Le stesse scienze sociali (cfr. § 40) e la sociologia non s'intendono senza lo studio della psiche dell'uomo che nelle umane società si svolge e si matura. Facile è dunque concluderne che la prima e fondamentale scienza sociale, anche pel giurista, è la psicologia (2): in specie in quella figura in cui apparve come psicologia delle menti associate o psicologia sociale o collettiva (§ 3). Ma questa scienza, di cui si discute tuttora se e quanto possa distinguersi dalla psicologia individuale (3) e

(1) Il Seignobos, *La méth. hist. appl. aux sciences social.*, pag. 9 seg., insegna che i gruppi di studi di origine lontana unitisi per formare le scienze sociali sono tre: la statistica, l'economia politica, la storia delle dottrine e dei tentativi economici. Di questo terzo gruppo che ricorre anche nel citato libro dello Hauser, *L'ens des sciens. soc.*, mal si vede il carattere scientifico a sè

(2) Pareto, *Man. di econ. polit.* (in questa stessa collezione), pag. 35: « Fondamento dell'economia politica ed in generale di ogni scienza sociale è evidentemente la psicologia. Verrà forse un giorno che potremo dedurre dai principii della psicologia le leggi della scienza sociale ».

(3) « Subdiviser la psychologie en collective et en individuelle constitue un simple artifice de l'esprit. En réalité, la combinaison bio-sociale s'offre comme un processus dont une des phases, celle dite collective procède et prepare l'autre, la phase dite individuelle ». De Roberty, *Revue intern. de soc.*, VIII, 1900, pag. 422.

malgrado che già offra sicuro ammaestramento al giurista, è troppo immatura per essere costituita come corso a sè fra quelli della giurisprudenza. La filosofia del diritto (§ 36) può abbracciare il più ed il meglio che di sicuro già offre a noi la psicologia. Molto di essa resta legittimamente fra le scienze ausiliarie.

Delle scienze sociali la cui conoscenza è necessaria al giurista, prima per età e nativa ampiezza di contenuto ci si offre l'economia. Ma per il sussidio che tutte le scienze sociali nel più ampio senso (§ 30) e alla sociologia reca la statistica (1), giova di questa dire in primo luogo.

a) *Statistica sociale.* Noi già la dicemmo fonte precipua dell'osservazione diretta, quindi poderoso strumento del metodo induttivo (§ 4). Essa completa la storia. Invero la storia del presente, per la posizione dell'osservatore rispetto ai fenomeni a cui partecipa egli stesso, poco ci svela dei segreti loro: si affacciano enigmi che soltanto i posteri sono in grado di sciogliere (2); le inchieste, mezzo utile per conoscere i bisogni sociali, hanno una cerchia ristretta. La loro efficacia dipende anzi dai limiti di questa. La legislazione comparata (§ 29) non ci presenta che il diritto dei diversi popoli tradotto in legge. Eppure vogliamo osservare ampiamente i fatti riuniti in gruppi e sorgere così, sin dove è possibile, alla scoperta delle leggi regolatrici dei fenomeni normali e anormali della società umana.

(1) Si leggeranno ancora con profitto le osservazioni del compianto Morpurgo, *La statist. e le scienze soc.*, Firenze 1872, pag. 1 seg.

(2) Bella osservazione dello Jhering, *Geist des. röm. Rechts*, I, pag. 35.

La parola statistica esprime concetti diversi ed à tuttora variamente intesa, contribuendo a ciò la stessa tradizionale « Statistica delle università » (1). Dobbiamo perciò determinarla. E prima di tutto ci imbattiamo qui in una questione vitale per la statistica: implicitamente vi abbiamo accennato.

I fenomeni della natura fisica hanno una uniformità e costanza di caratteri che è facile classificarli in gruppi e indi suddistinguerli; è vero tuttavia che quanto più si ascende dalle forme inorganiche alle superiori degli esseri organici, più cresce il variabile, l'accidentale, l'individuale. Se non che la scienza progredendo lo riconduce, per ampliate osservazioni, a tipi normali. È noto come nel regno animale la serie apparentemente disforme degli esseri si riduca a pochissimi tipi. Ma sarà possibile tal processo nella società umana ove tutto appar variabile, accidentale, individuale? I fenomeni sembran l'uno totalmente diverso dall'altro, ribelli perciò ad una legge costante. Ed invero la materia è così difficile ad esser qui osservata, la nostra mente così facile a stancarsi e a preferire tipi astratti (che poi sono pseudo-idee o reminiscenze di vedute cose, come i sogni), il metodo di induzione sì di recente applicato ai fenomeni sociali, che si può comprendere lo scetticismo invadente talora i più alti intelletti. Così ad esempio il Rümelin (2) giunse (il che non si poteva sup-

---

(1) Si legga la dotta prolusione di C. F. Ferraris, *La statistica nelle Università e la statistica delle Università*, Padova 1886 (anche nel *Giorn. degli Econ.*, I, fasc. 2).

2) *Ueber Gesetze der Gesch.* (*Reden und Aufsätze*, N. Tübing., 1881, pagg. 118-148).

porre per le sue precedenti ricerche) a negare la possibilità delle leggi sociali a cagione della sostanziale differenza tra i fenomeni fisici e gli psichici a cui ascrive i sociali, per il difetto in questi di una connessione necessaria di cause ed effetti. Qui, dove è in giuoco la libertà umana, sebben limitata, molta efficacia hanno i grandi uomini e il caso, nessuno stato sociale è identico all'antecedente, non si sarà mai certi di conoscere tutte le cause operose, nè si potrà, perciò, parlare di leggi.

Nulladimeno la legge che presiede alle umane società e alle loro mutazioni è invariabile, quantunque si attui nelle più svariate guise, e le singole condizioni di fatto producono leggi correlative, e quanto esse durevoli, dei fenomeni sociali, di cui la limitata libertà individuale è pure un fattore. Ma ammesso che nella storia sia una certa regolarità ed uniformità di svolgimento e successione, e più ristrette si facciano a grado a grado le differenze nel corso delle umane vicende, si hanno qui fenomeni congiunti, costituenti già per lo più un organismo ben determinato e chiuso, malgrado la difficoltà di determinare l'orbita d'un fatto storico. Invece applicando l'osservazione alla società stessa che ne circonda e dentro cui viviamo, dominati noi pure da tradizioni, pregiudizî e svariate influenze sociali, sembrava impossibile « esplorare il presente, cogliere i fenomeni all'atto della loro manifestazione, fermarli per così dire nel loro perenne movimento, fissarli e renderli tosto oggetto di esame » (1).

Era d'uopo raccogliere un numero grandissimo di casi e adoperare pur qui la dialettica del rag-

(1) Ferraris, *La statistica*, pag. 8.

gruppamento degli affini (con una graduale e completa progressione tra due caratteri fondamentali estremi), della disgiunzione dei dissimili (§ 13). Così la ripetuta osservazione giunse provando e riprovando a scernere, a traverso le variazioni individuali, ciò che può esservi di costante o di regolare nell'insieme (1). Difficilissime operazioni logiche presentansi qui: logiche dico non soltanto nel loro tradizionale aspetto; ma anche sotto uno nuovo che ha bisogno di maggiore determinazione (2).

Invero si deve salire dal singolo fatto ai gruppi, da questi alla legge che li regola. Così solamente si potrà, con la maggior possibile esattezza, stabilire il legame di causa ad effetto tra talune circostanze e i fenomeni che generano e il vincolo che lega tra loro fenomeni, apparentemente diversi, che son quasi conseguenze ulteriori o correlative, diciam così, di altre primarie in cui quel vincolo ci apparve. Nè il canone della connessità di tutti i fenomeni sociali può esser dimenticato neppur qui. Nel determinare la costante riproduzione di un ordine di fatti e riconoscere la loro regolarità, si può dir che consiste il più alto compito della statistica (3). La

---

(1) Messedaglia, *Archivio di statistica*, III, pag. 492, IV, pag. 251

(2) Concordo col Ferraris, *La statistica*, pag. 82, nota 2, che vi è bisogno tuttora di una speciale trattazione del metodo delle scienze storiche, morali e sociali, a cui non si possono applicare sempre i canoni ordinarî della logica induttiva, fatta specialmente per le scienze della natura. Anche la logica deve tener conto del diverso obietto cui si applica. Le stesse lamentazioni sulle imperfezioni del metodo nelle scienze sociali si leggono ora in Jellinek, *Die Lehre des mod. Staat*, I pag. 24 sg.

(3) Cfr. Lexis, *Statistik* (*Allgemeines*) nello *Hand-*

quale come scienza pratica procede così al suo calcolo di probabilità (1) e porge norme e consigli al cultore delle scienze sociali e all'uomo di Stato.

Ma per garantirci contro le aberrazioni della statistica, che avendo fruttuosamente accolto l'induzione matematica, potrebbe abituarci a considerare quantità astratte e intrinsicamente esatte dove se ne hanno invece di concrete e mobilissime, è necessario procedere avvedutamente. Non si può infatti dimenticare la relazione tra il singolo fatto e il gruppo prestabilito a cui lo riconduciamo, la persistenza della forza ogni dì rinnovante la società o, come dicesi oggi, l'ambiente sociale e quindi l'aspetto dei fenomeni e l'indole delle loro cause, nè la possibilità di errori nella riduzione dei numeri a valori medî.

Perciò appunto si abbia presente che i fatti sono riuniti in masse o gruppi omogenei, in fenomeni-tipi ai quali possono contrastare in più o meno larga misura i singoli fenomeni. Si ricordi tuttavia che ciò in parte è opponibile anche alla norma giuridica tipica rimpetto al caso pratico (§ 13). È vana pretesa sopprimere totalmente il variabile, l'accidentale o escludere l'azione della volontà umana che a certi impulsi può opporre, nei casi concreti, una diversa resistenza e per determinati bisogni cercare

---

wörterb. der Staatswiss. del Conrad, Lexis, Elster, Loening, 2.ª A.

(1) Ma la scienza è ormai consapevole dello scarso valore di ogni nostro calcolo di probabilità (cfr. Colaianni, *Man. di statist. teor.*, 2.ª ed., Napoli, 1907, pagina 337 seg.).

diversamente un soddisfacimento (1). Onde i più prudenti parlan di *leggi di fatto* o *empiriche* dei fenomeni sociali tipici, le quali ammettono eccezioni e sono espressione di tendenze, piuttostochè di necessità come le *leggi naturali* o *esatte*. Ma questa terminologia, che accenno qui perchè usata per esprimere un concetto vero, può generare equivoci (2). Il calcolo di probabilità tanto più sarà giusto, quanto più si saranno valutati quei fattori che possono aver modificato le cause sociali di un certo ordine di fenomeni. L'osservazione statistica invecchia più presto di ogni altra; di essa si può dire, in grado assai maggiore, ciò che i Romani insegnavano della *regula iuris*. Quanto alle deviazioni dal valore medio, oggi la statistica procede a valutarle saggiamente e analizza di continuo i metodi logici per determinare le cause dei fatti (3).

---

(1) La statistica s'incontra qui nel grande problema del fatalismo e del libero arbitrio. È noto che lo stesso Wagner temperò poi quel rigido fatalismo cui s'informava il suo libro *Statistich-Antropol. Untersuch. der Gesetzmäss. in den scheinb. willkührl. Hand.*, Hamb. 1864. Tutti i nostri atti sarebbero stati solo apparentemente volontari. Sulla regolarità che da alcuni si asserisce fatale delle azioni umane cfr. Morpurgo, *La statist. e le sc. soc.*, pag. 45 seg. Un buon quadro degli autori che trattano dell'argomento offre il Gabaglio, *Teoria gener. della stat.* 2.ª ed., Milano 1888.

(2) Anche le prime sono *naturali*, le seconde pure si potrebbero dire *di fatto* o *empiriche*. Per quella terminologia cfr. Menger, *Untersuchung. über die Methode der Socialwissenschaften*, etc., Leipzig 1883, pagg. 36-38; Ferraris, *La statistica*, pag. 14.

(3) Cfr. ad es. Lexis, *Zur Theorie der Massenerscheinungen in der menschlichen Gesellschaft*, Freiburg 1877;

La statistica considerata pertanto anzitutto come *metodo* si può dire in questa prima parte *teoria della Statistica* o *Statistica teorica* o *Metodica generale della Statistica*. Viene indi la *Statistica tecnica* o *Metodica speciale* che da *descrittiva* sale ad essere *investigatrice* o, se vuolsi, una *filosofia della statistica* (1).

La statistica come metodo è una parte della logica induttiva, come descrittiva un sussidio delle scienze giuridiche e sociali e politiche. Se non vi fosse una necessità didattica che impone di esporre quel metodo a studenti i quali giungono impreparati a ciò, si dovrebbe naturalmente tralasciar tale parte propedeutica come spettante alla filosofia (2) o per lo meno al capitolo del metodo in una

---

Sulle medie normali relative al movimento della popolazione (*Arch. di Statist.*, V, pag. 351-371). Westergaard, *Zur Theorie der Statistik* (*Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik*, X, N. F., pag. 1-23).

(1) Per questa terminologia cfr. Mischler, *Zweite Ueber über die wissensch. Statist.* (*Statist. Monatschr.* (1889), pag. 96 e seg.); Salvioni, *App. di Statist. teoret.* (*Giorn. degli econom.*, III, (1888), pag. 388); Ferraris, *La statist., le sue partiz. teoret., il suo insegn.* (*Atti del R. Ist. ven.*, I, serie VII, pag. 529-546).

(2) Sarebbe molto utile in genere che i filosofi prendessero più direttamente in considerazione le scienze sociali. Ricorderò con piacere che il Rosmini (dopo morto è più vivo di prima, malgrado il ridicolo anatema dei gesuiti) intuì lucidamente taluni principî dell'economia (così l'efficacia del fattore economico sulla costituzione politica) e ne discusse taluni concetti. Cfr. Graziani, *Le idee economiche del Manzoni e del Rosmini* (*Rend. Istit. lomb.*, serie II, vol. XX, 1887, pag. 453-462). Quanto alle idee dell'illustre filosofo sulla statistica, vedi Mor.-

Introduzione del genere di questa (1); e vi si dovrà presto ricondurre se si vuole che, oltre ad essere un utile prospetto della giurisprudenza, fornisca una completa preparazione al novizio. Nè io credo che il metodo statistico (questo usuale epiteto non è forse opportuno; meglio sarebbe dir *numerico* o *matematico*) sia un semplice « ausiliare della induzione » (2) quanto piuttosto l'unica induzione possibile in un certo ordine di fatti (§ 4). Tale metodo insegna a raccogliere le notizie statistiche, a riunirle in gruppi omogenei, a sottoporle al calcolo matematico e a stabilire i valori medî.

Incomincia la statistica ad assumere un aspetto a sè, quando, come *tecnica* o *Metodica speciale*, divisa e insegna l'arte di applicare quel metodo ai diversi obietti o rami della sua ricerca secondo i particolari caratteri loro. Questo capitolo del metodo adatto alle singole indagini statistiche può esser veramente considerato come parte integrante del corso di statistica. Con le notizie ampiamente raccolte e saggiamente ordinate si forma una statistica *descrittiva* dell'intiera vita di un popolo, vuoi

purgo, *A. Rosmini-Serbati e i suoi concetti sull'ufficio della statistica* (*Arch. di Statist.*, VI, pag. 45-70). Nè si dimentichino le ricerche, anche da questo aspetto importanti, del Lampertico, *Sulla statist. teor. in gen. e su Melchiorre Gioia in part.* (*Atti Ist. Ven.*, v. III, t. XV, 1870).

(1) Cfr. sopra pag. 33, n. 1.

(2) Così lo dice il Sigwart, *Logic*, II, Tübing., 1878, § 101-102; ma è da intendere che, anche nel suo concetto è uno strumento dell'induzione. Sulle relazioni sia il metodo induttivo e lo statistico cfr. ora Tchuprow, *Statistit. als Wissensch.*, nell'*Archiv f. Sozialw. und Sozialpol.* nov. 1906.

nelle sue naturali, vuoi nelle civili condizioni. Lo Stato annovera omai tra i suoi compiti questa raccolta di notizie statistiche, che presenta agli studiosi in apposite pubblicazioni periodiche (1), ed esso medesimo, non meno che il cultore delle scienze morali, vi attingono informazioni e sussidî.

Ma per naturale progresso della riflessione scientifica che qui pure sorge ad una forma più elevata (come nel diritto dalla esegesi al sistema), si giunse in breve a più forti pretese della statistica, nè tutte sono esagerate ove vogliansi ridurre a giusti limiti. È proprio delle scienze sociali, che hanno rotto l'antica barriera della giurisprudenza, di aver tutti gli ardimenti della giovinezza e di aspirare di già a brillanti sintesi che sian quasi la giustificazione della loro esistenza. Si abbia a mente che tutti i difetti dell'astratta speculazione son comuni ad una induzione incompleta e pretenziosa (§ 4): l'odierno spirito critico diffonde negli studiosi lo scetticismo sì verso l'una, sì verso l'altra. Niuno può dire oggi sin dove ci condurrà, col vigore di secolare esperienza, la statistica *investigatrice* purchè, senza tralasciare mai quell'analisi continua pel perfezionamento dei suoi metodi logici (che corrisponde a un esame dei principî pel giurista, cfr. §§ 13,22) essa proceda non pure con prudenza, ma appagandosi di piccoli risultati presenti come arra di futuri più importanti. Non diversamente il Galilei comin-

(1) Cfr. l'*Elenco delle pubblic. statist. fatte dal ministero di agricoltura, industria e commercio dal principio del 1861 a tutto il 1887, e delle principali pubblicazioni fatte da altri Ministeri durante lo stesso tempo*, Roma 1888. Si veda pure il *Saggio di bibliogr. statist. ital.* 2.ª ed., Roma 1885.

ciò ad usare il suo metodo destinato a tanta altezza di glorie nelle scienze che diciam naturali.

La statistica diventa, secondo i suoi cultori, una vera scienza con proprio dominio (1) ricercando le leggi regolatrici dei fenomeni sociali. Ma l'arduità delle ricerche e la novità stessa della disciplina, tengono divisi i cultori sui confini di essa. Chi la considera come una demografia che, estendendosi a manifestazioni morali dell'umana attività, sorpassa di già la pura e semplice scienza statistica della popolazione e se ne stacca come nuova scienza detta appunto *demografia* o *demologia* (2); chi si spinge

(1) Alcuni nondimeno la considerano come un semplice metodo o una teoria di questo metodo (G. Maiorana-Calatabiano, *La stat. teor. e appl.*, Firenze 1876, n. 11) o concedono che conservi un carattere scientifico sin che alla statistica resti congiunta la demografia che vien così ravvisata come una sociologia esatta. Cfr. Colaianni, *Man. di stat. teor.*, pag. 73 e seg. e nello stesso senso Wirminghaus, *Statistik*, nel *Wörterb. der Volkswirtsch.* dello Elster. Il Colaianni offre un buon riassunto degli argomenti che si adducono contro il carattere di scienza a sè della statistica; ma egli stesso distingue molto bene la statistica dalla sociologia osservando che non tutti i fatti che cadono in questa possono essere studiati col metodo di quella. Anche il Vanni, *Prime linee di un progr. crit. di sociol.*, Perugia, 1888, pag. 44, considerava la statistica come scienza a sè. D'altro avviso è il Falchi, *L'opera d'Icilio Vanni*, pag. 134 seg.

(2) Abbracciando anche, com'è facile comprendere, certe parti dell'economia. Cfr. Messedaglia, *La scienza stat. della popol.* (*Arch. di stat.*, II, 1897, fasc. 3); Ferraris, *La scienza della popol.*, ecc. (*Nuova Antolog.*, 1898, S. IV, vol. LXXIII, pag. 721-735; Benini, *Princ di demografia*, Firenze 1901.

sino a vagheggiarla come demologia o sociologia esatta o sociologia a base statistica. Taluni vi comprendono lo studio dell'ordine politico dello Stato (finanza, esercito, istituzioni politiche ed amministrative), altri la vogliono ristretta ai fenomeni d'ordine sociale (stato e movimento della popolazione, produzione, circolazione, distribuzione della ricchezza, ecc.), perchè nel loro essere, nel modo e nella misura del loro prodursi, essi soli sono indipendenti dalla legge positiva (1).

Pertanto la statistica sociale (anche qui v'è disputa sulla classificazione de' suoi argomenti) prende ad esame l'organismo della società nei tre aspetti che già conosciamo (§ 10) ed è perciò economica, antropologica o riguardante la popolazione, pedagogica o relativa alla cultura intellettuale e morale (2). V'è tuttavia chi vuol rilasciare la parte economica all'economia sociale, sì per divisione di lavoro, sì per dare a questa la possibilità di trasformarsi in scienza induttiva su base statistica, sì

(1) Cfr. per queste diverse tendenze Körösi, *La place scientifique et les limites de la demographie*, Genève 1833; Morpurgo, *La scienza demografica* in *Arch. di statist.*, IV, pag. 31 e seg.; Bodio, *Il dott. A. Bertillon e la scienza demografica secondo la scuola francese* (*Arch. di Statist.*, VII, pag. 242 e seg.); Ferraris, *La statist.*, pag. 14 e seg. Il Loria, *La teor. econom. della cost. pol.*, pag. 112, accusa il Ferraris di avere escluso dalla statistica i fatti politici perchè dipendenti « dall'arbitrio governativo ». Questi dichiara (*Atti Ist. venet.*, l. c., pag. 356, nota 14) di aver parlato di « legge positiva » non di « arbitrio governativo ».

(2) Cfr. la citata opera del Mayr; il Block, *Traité theorique et pratique de statist.*, Paris 1878, liv. IV; il Ferraris, *Saggi*, cit., pag. 88.

per gli splendidi risultati che nell'investigazione dell'ordine fisico, intellettuale, morale, ha ottenuto il metodo statistico (1). Onde la statistica sociale, premessa ed esaminata la teoria dell'*uomo medio* e la legge di equilibrio dei sessi, dovrebbe investigare (toglie queste fasi dall'economia) la produzione, la distribuzione, la circolazione e il consumo della vita. Così affronta i fenomeni della nuzialità e natalità, della densità della popolazione, delle dimore, delle abitazioni; il comporsi di questa per età, stato civile, professioni, origine; il movimento di essa entro i confini dello Stato, la immigrazione e la emigrazione, la cultura intellettuale, le credenze religiose, le malattie, la mortalità, la durata della vita, la criminalità.

Noi dobbiamo ricordare che le diversità nel concepire i limiti della trattazione rappresentano altrettanti conati paragonabili a quelli del giurista per avvicinarsi, con la sua esposizione sistematica, all'intimo sistema del diritto di un popolo. Lungi dal generare sfiducia, debbono mostrare la vigoria del pensiero che volgesi a novelle ricerche. Quell'armonico sistema del diritto privato che può sembrare scaturito tutto di getto, è piuttosto il prodotto di secolari tentativi di cui si può far la storia già nell'antica Roma e che poi, nell'età moderna, ha avuto il valido appoggio delle istituzioni gaiane e giustinianee. Nè un simile possono sperarne le scienze sociali: esse costruiscono qui, in specie la statistica, dalle fondamenta.

Come tutto si svolge, le stesse scienze nella fase

(3) Così il Ferraris, *La statist.*, pag. 18, abbandonando la partizione precedentemente accolta.

che ci sta sottocchio rappresentano dunque un momento nel corso del pensiero che osserva: perfezionata la osservazione, nuove scienze possono sorgere, altre acquistar diversa base, alcune diventare un capitolo di altre. Così l'Oettingen (1) tratta giustamente della statistica morale nella sua importanza per l'etica sociale. Appunto uno dei massimi problemi, cui i cultori della statistica volgon lo sguardo, come a superba metà, è quello della dipendenza della moralità dell'uomo dalle condizioni sociali, ossia della responsabilità sociale nelle anomalie morali. Ma quando incontestato dominio della statistica sembrerà pur questo, e forse sorgerà meraviglia che un tempo se ne dubitasse (come appunto in gran parte è avvenuto per le dottrine sul diritto diffuse dalla scuola storica), l'etica sociale, la stessa antropologia criminale, oggi nascente, diventeranno capitoli della statistica sociale.

La venerazione dei sistemi, delle partizioni teoretiche di una famiglia di scienze, si comprende nei seguaci della metafisica; è un controsenso nei positivisti. Tuttavolta che progredisce l'osservazione, sul vecchio edificio crollato ne sorge uno migliore, purchè non nuoccia la soverchia fretta e la più grande prudenza accompagni l'induzione. Ed io non posso che applaudire a tutto ciò che favorisce questa. È ben vero ciò che scrive lo Inama-Sternegg (2), che « per quanto nel corso del tempo

(1) *Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Socialethik*, 3.ª ed., Erlangen 1882. Si ricordi la classica opera del Quetelet, *Physique sociale*, 2.ª ed., Paris-Bruxell., 1896.

(2) *Der statist. Unterricht*, Tubing. 1890, pag. 14 (Estr. dal vol. I dell'*Allg. stat. Arch.*).

si sieno modificati il contenuto e il metodo dell'insegnamento statistico, essi si mostrarono in ogni tempo e in pari modo i veri focolari del realismo nella dottrina dello Stato e della società ». E parimente applaudisco alla proposta del Ferraris (1) di fornire ogni professore di statistica di una specie di laboratorio di completa raccolta di notizie statistiche pel suo insegnamento e per informazioni ai colleghi. Soltanto l'osservazione statistica farà cadere molti pretesi assiomi, bonariamente ripetuti nelle aule universitarie e nelle fatue dissertazioni per laurea!

b) *Economia sociale.* Fu la prima scienza sociale e già venne insegnata da una speciale cattedra a Napoli nella seconda metà dal secolo XVIII (2). È naturale che si dicesse economia politica volendo pur significare che era una scienza sociale (§ 30); fu anzi causa principalissima del fervore degli studî sociali. Ai dì nostri si vuol distinto nell'economia il fenomeno politico dal sociale e finanziario (3). Chi riduce oggi tutti i fenomeni sociali al fattore economico (§ 6) si avvia in sostanza a considerare ancora l'economia come unica scienza sociale.

La prima economia politica nacque dalle dottrine

---

(1) *Atti Ist. ven.*, l. c., pag. 544, nota 28.

(2) Cossa, *Le prime catt. di econ. pol. in Italia*, nei suoi *Saggi*, Milano, 1898, pag. 93, *Introduz. allo studio dell'econ. polit.*, 3.ª ed., Milano 1892, pag. 258. Fra noi veramente l'economia fu il primo nucleo degli studî sociali. Cfr. già le belle osservazioni del Pecchio, *Storia dell'econ. pubbl. in Italia*, 3.ª ed., Lugano 1849, pag. 250 e sg.

(3) Graziani, *Sui caratteri e sullo sviluppo dell'econ. pol.*, Torino 1899, pag. 13. La nostra economia politica parte dal concetto di vita sociale. Stammler, *Wirtsch.*

del diritto naturale (1) e fu metafisica, indi dominata, non senza contrasti, dal metodo storico (§ 5). Guardando indietro essa ci offre, come in specchio, le succedentisi teorie sul governo dello Stato e sui modi di considerare la ricchezza nazionale.

Lo sconfinato regno della economia sociale (2). fu a poco a poco ristretto da altre scienze (come quella dell'amministrazione e delle finanze), che vennero a sorgerle a fianco; ma benefica fu la trattazione economica dei problemi sociali. Si pensi ad esempio a quello fondamentale dei limiti dell'azione sociale dello Stato, del cui esame tanto si rese benemerita la scuola fisiocratica (3) e che oggi pure è sapientemente trattato da economisti.

---

und Recht, pag. 28. E così la vide il Romagnosi (Valenti, *Le id. ec. del Rom.*, p. 21). Antonio Scialoja già intitolava il suo manuale dal 1840 *Economia Sociale.* La presente letteratura economica tedesca è dominata dalla distinzione di economia sociale ed economia di Stato.

(1) Cfr. Schmoller, *Grundr. der allgem. Volkswirthsch.* I, Leipz. 1900, pag. 82 e seg. Supino, *Il metodo induttivo nella econ. polit.*, Torino 1894, cap. I. Lambert, *Études de droit comm. legisl.*, I, pag. 880.

(2) Noi ne abbiamo un magnifico quadro nelle cinque serie della *Bibliot. dell'economista* pubblicata dall'Un. tip. ed. torinese. Le dotte prefazioni del Ferrara ai volumi della prima e seconda serie sono anche raccolte in due volumi col titolo *Esame stor. crit. degli econ. e delle dottr. econ. del sec. XVIII e prima metà del XIX*, 1889-1891. Buon quadro storico di economisti italiani offre il Valenti, *Princ. di scienza econ.*, Firenze 1906, pag. 40 e sg.

(3) Cfr. Stein, *Die Verwaltungslehre*, II, pag. 39 e seg. Pel contributo degli economisti alla dottrina della pubblica beneficenza, vedi De Gerando, *Della pubblica benefic.*, I, Introd.

La economia sociale è ancora nella sua parte teoretica o economia pura una dottrina deduttiva (1); nulladimeno tende a basarsi sulla statistica e sul calcolo matematico (2) A questa parte teoretica corrisponde poi un'economia applicata, o politica economica o amministrazione economica. I confini dell'una o dell'altra parte non sono abbastanza determinati (3). La scissione dell'economia in pura ed applicata genera in molti studiosi la opinione che la prima sia una dottrina metafisica assoluta da non potersi tradurre in pratica senza necessarie correzioni. Invero non di rado c'imbattiamo in fredde analisi e supposizioni ipotetiche di condizioni discordanti nel loro tipo astratto ed uniforme dal reale aspetto di una determinata società (4). D'onde

(1) Scrive il Pierson, *Principles of economics*, London 1902, I, § 5. « La deduzione è il solo metodo col quale si possa giungere a efficaci risultati nel tracciare le leggi economiche ».

(2) Sui metodi cfr. specialmente la magistrale monografia dello Schmoller, *Volkswirt. Volkswirtschl. und Meth.*, nel cit. *Handw. der Staatswiss.*, 2. A.

(3) La distinzione, secondo l'esempio del Rau, è comune a molti scrittori tedeschi come il Wagner, *Allgemeine oder theoretische Volkswirthschaftslehre*, I, 2.ª ed., Leipzig und Heidelb., 1879, p. 5; il Menger, *Untersuch. über die Methode der Socialwissenschaft und der polit. Oekon.*, Leipzig 1883; Anhang, IV; il Neumann, *Hand. der polit. Oekon.*, herausgeg. von G. Schönberg, 2.ª ed. Tübingen, 1885-86, I, pag. 133-135. Alla esposizione della economia teoretica è volto anche il trattato del Cohn, *System der Nationaloekonomie*, I, Stuttgart 1885. Ci dà un utile riassunto della questione E. Worms, *La meth. de l'econ. polit.* (*Rev. de sociol.* fevr., et mars 1907).

(4) Nel 1837 insegnava Pellegrino Rossi, *Cours d'Econ. politique*, I, deux. leçon, Paris 1865, pag. 22: « la

una tendenza a rompere la rigida cerchia della economia classica e a rinsanguarla con l'induzione: ingiusto sarebbe tuttavia disconoscere i meriti di quella che pur giunse a risultati superiori a ciò che il difettoso metodo da lei seguito farebbe supporre (1). Nè basta mutar la base dell'economia teoretica; ma è pur necessario vedere più in là del puro tornaconto individuale e dell'egoismo (2) e non trascurare più il lato morale ed antropologico delle questioni economiche, nè quei fattori o elementi sociali che grandemente agiscono sulle teorie. Anche qui ricordiamo ciò che sopra dicem-

---

science de l'économie politique, envisagée... dans ce qu'elle a de général et d'invariable est plutôt une science de raisonnement qu'une science d'observation ». Distingue tuttavia anch'esso l'economia razionale dall'applicata, pag. 36 e seg. Istruttiva da questo aspetto è la memoria del Macléod, *Revue d'éc. polit.*, II, pag. 468 e seg. dove sostiene che le leggi costanti dell'economia hanno la stessa inflessibilità di quelle dell'astronomia e della meccanica.

(1) Vedi una bella analisi della teorica del valore secondo quella scuola nell' opera del collega Alessio, *Studi sulla teorica del valore*, c. II.

(2) Osserva il Ferraris, *Econ. ted. contemp.*, nella *Nuova Antol.*, V serie, 1906, pag. 404 essere dottrina del Wagner che nella teoria e nella pratica possa aver luogo una compensazione reciproca dei motivi egoistici e non egoistici. Mi piace di notare che l'individuo come si svolge nella collettività sociale secondo la filosofia dell'Ardigò (cfr. questo punto magistralmente colpito dallo Höffding, *Lehrb. der Gesch. der neuer. Philos.*, Leipzig 1907, pag. 235-368 nel trattare di lui) perviene a giudicare gli atti umani dall'aspetto della collettività stessa così che può sorgere una tendenza antiegoistica. Ecco una base filosofica dell'economia moderna

mo sull'odierno modo di considerare i problemi sociali. Per noi la economia applicata rientra piuttosto in una parte della scienza dell'amministrazione sociale (§ 33).

La economia sociale si propone lo studio dei fenomeni attinenti alla produzione, alla circolazione, alla distribuzione, al consumo della ricchezza. L'esame di queste fasi è omai tradizionale nella nostra dottrina; ma si comincia a dubitare dell'opportunità di conservarle (1). Intendiamo per ricchezza quelle cose limitate cui si volge l'umano lavoro creandovi nuove utilità pel soddisfacimento dei nostri bisogni. Certamente è da considerare l'uomo come centro della vita economica e subordinare a lui il concetto del valore, dei beni, della ricchezza (2); ma la sua azione non si sottrae neppur qui alla forma sociale, nè si può isolare sì da creder che quella derivi da un unico motivo. Così mentre esso è un fattore della produzione, l'economia lo considera ad un tempo come fine delle proprie dottrine. Le quali non si limitano in alcun modo al soddisfacimento dei bisogni fisici dell'uomo, e si estendono invece al suo benessere intellettuale e morale; niente vi ha di più gretto ed antiscientifico che il considerare la economia sociale come scienza dei

---

(1) Schmoller cit. *Grundriss*, I, pag. 124. In generale si possono ripetere le parole con cui il Lexis, *Volkswirtschaftsl.*, nello *Handw. der Volkw.* dello Elster, chiude la sua memoria: « oggi è caduta l'opinione che tutto sia stato fatto in economia dalla scuola inglese e che niente altro gli studiosi di essa possano aggiungere ».

(2) Schaeffle, *Mensch und Gut in der Volkswirtschaft Gesammelte Aufsätze*, I, Tübingen, 1885, pag. 158 e seg.).

mezzi di soddisfacimento dei soli bisogni fisici dell'uomo. La storia della civiltà comincia dopochè l'uomo, lottando con la natura, provvide stabilmente a ripararsi e nutrirsi; così nella vita civile la psiche umana è sempre operosa da ogni suo multiforme aspetto e i sentimenti morali si affinano pel soddisfacimento dei bisogni fisici. I più elevati problemi politici non possono disgiungersi da una considerazione economica, e ai dì nostri, più che mai, la partecipazione utile di un individuo ai vantaggi della civiltà dipende in larga parte dai suoi mezzi economici. Non a torto si ascrive oggi al lavoro uno scopo economico come strumento a più alti fini di coltura (1).

Nella teoria della produzione si determina il concetto di questa che non è creazione di cose, sivvero di nuove utilità nelle cose: *ex materia.... speciem novam facere* si potrebbe dirla non inesattamente coi Romani (2). Fattori della produzione sono la natura, la popolazione e i suoi bisogni sempre crescenti col progredire della coltura, il lavoro e il capitale. L'antica produzione era limitata ai bisogni di ciascuna famiglia: strumento validamente sussidiario (sebben poi dannoso) fu il lavoro servile. Ogni famiglia era autoproduttiva e bastava a sè medesima; in una sola persona riunivasi il possessore fondiario, il capitalista, l'intraprenditore, il commerciante. Oggi, sebbene non sia cessata del tutto la produzione familiare, si può dir prevalente quella per lo scambio, che si attua in una forma grandiosa o mediante un esercito di lavoratori già consapevoli

(1) Così anche il Cohn, op. cit., parte seconda.

(2) L. 7 § 7, D. *de A. R. D.*, 41, 1.

della loro forza (§ 10) e liberi di disporre di sè mediante il diritto di sciopero. L'equilibrio economico odierno (di fronte a tanta parte d'imprevisto per la psiche di quest'esercito) può esser rappresentato da un'equazione matematica? La produzione è soggetta omai nell'impiego delle forze a limiti etici e giuridici: la forza-fanciullo per quanto utile, anche per il minor salario e per l'istessa agilità della persona, non può esser più illimitatamente adoperata, opponendosi, come sappiamo, lo Stato. Così dobbiamo augurarci della forza-donna.

Lo scambio si attua oggi in proporzioni più vaste e sotto un aspetto nuovo; l'odierno mercato è qualche cosa di diverso dall'antico ed abbraccia tutto il mondo. Qui ci si offre la dottrina del valore e del prezzo, nella quale si deve pur valutare l'influenza di quelle sociali condizioni che oggi modificano i prezzi, come la *réclame*, i pubblici incanti, i prezzi fissi, i congegni automatici, la concorrenza, le associazioni dei produttori, i monopolî, ecc.

La teoria della distribuzione del reddito è quella che più viene a contatto con gli odierni difficili problemi sociali, e deve ringiovanirsi ispirandosi a criterî etici e giuridici. Già siamo su questa via. Se la dottrina di A. Smith equiparava la produzione della forza-lavoro alla produzione di qual siasi merce e la diceva determinata e regolata dalla domanda, fu già merito del Ricardo di aver condotto qui ad esaminare il tenore di vita, la persona dell'operaio (1). Non ci lasciamo trascinare

(1) Ben dice il M. Culloch nella vita del Ricardo premessa alla edizione delle sue opere (*The works of David Ricardo*, London, 1887, pag. 23) che la comparsa dell'o-

dal puro rigore logico dei principî, secondo che già dicemmo per la tecnica giuridica (§ 13): la economia sociale è per la vita, non questa per quella. Il salario non può essere un semplice prezzo della merce lavoro, nè si può assoggettare a quelle norme che determinano il prezzo delle altre merci. La teória deve assumere qui un carattere morale e sociale mediante quella fondamentale distinzione, nè può dispensarsi in alcun modo dal ricercar qual deve essere l'altezza del salario perchè l'operaio possa vivere decorosamente e dignitosamente, ed aver modo di rendersi degno in pratica del nome e del grado di cittadino, che nessuno in astratto oserebbe negargli. Nè intendiamo con ciò di spogliare il capitalista di quel miglior reddito che è novella spinta all'impiego del capitale; sì da giungere ad una più equa distribuzione che le condizioni reali stesse del lavoro (di cui anche l'operaio o a sè o in Camere del lavoro e in sindacati può essere fatto giudice) concretamente proporzionano. Non mi dilungo qui sulle disastrose conseguenze dell'inadeguato o fittizio salario sulla famiglia dell'operaio: la sanità del corpo, la vigoria della mente, la moralità ne soffrono in varia guisa. Tali sofferenze ripercotonsi come morbosità nella classe e propagansi per atavismo; la beneficenza pubblica non è poi che un tardo e più costoso, nè sempre utile, rimedio.

pera del Ricardo (*Principles of polit. Econ.*, 1817) costituisce un'« era memorabile » nella storia della scienza politica e che egli risalì in quest'opera alle fonti e, limitando il principio del valore di scambio, tracciò le leggi con le quali si regge la distribuzione della ricchezza fra tutti i ceti sociali (« among the various ranks and orders of society »).

Perciò non pure nella teoria del reddito, ma nella generale o propedeutica si ha da considerare il lavoro umano come una speciale energia psichica esercitata non da un uomo-macchina, bensì dall'uomo cittadino di una società e parte integrante di questa; la depressione dell'operaio e della sua classe non può non generare disequilibrio e malessere nel tutto, di cui egli è un organo. Dall'aver dimenticato ciò nacque l'odierno socialismo (1).

Del consumo della ricchezza si può trattare a parte e secondo i varî argomenti coi quali naturalmente è connesso.

Basta questo rapido prospetto dell'economia per domandarci: che cosa sono le leggi di noi giuristi quando violano le economiche?

c) *Etica sociale.* — Sin da quando si comprese che individuo e società son due fattori essenziali di ogni fenomeno sociale, questa scienza, diretta appunto allo studio di una formazione sociale (2), doveva acquistare importanza grandissima: la quale di gran lunga si è accresciuta per le dottrine della scuola penale positiva, ove anche si voglia limitarne la efficacia ad una migliore valutazione del

---

(1) Cfr. Laveleye, *Le socialisme contemp.*, Paris 1883, pag. 312 e sg.; Pareto, *Les syst. social.*, Paris 1902, II, Ch. XIII.

(2) Cfr. benissimo il Vanni, *Prime linee di un progr. crit. di sociol.*, pag. 50 e Falchi, *L'opera d'Icilio Vanni*, pag. 137. Abbiamo pertanto qui un fatto cui naturalmente corrisponde una scienza (cfr. Ardigò, *Op. filosof.*, I, pag. 72 e seg.). Non può avere importanza per noi la disputa se la morale sia scienza o arte. Cfr. Vauthier, *La mor. et la science*, nella *Rev. intern. de soc.*, VIII, 1900, pag. 792 e seg.

grado del delitto (§ 24). Il Gabba (1) ha accennato ad una dottrina generale dell'azione mutua della società e dell'individuo; essa sotto l'aspetto etico è la disciplina di cui qui trattasi. L'etica sociale, giovata mirabilmente dalla statistica morale (lett. *a*), esamina gl'impulsi al bene e al male cui l'individuo è soggetto inevitabilmente in società, il flusso e riflusso d'influenze tra una classe e l'altra per determinare così anche la misura della responsabilità dell'individuo o della classe, e calcolare pure la maggior o minor frequenza dei delitti. Ma anche da questi infuori, con l'etica sociale si può indovinare la moralità degli istituti giuridici, il maggior o minore impero della morale spontanea rimpetto alla morale coattiva (§ 9), l'aspetto delle politiche istituzioni, i limiti morali dell'azione dello Stato. Chi negherà, ad esempio, che secondo il grado di moralità sociale, diversa è la configurazione dei rapporti giuridici di famiglia? che dal più o men forte vincolo etico fra le classi sociali dipende l'attitudine più o meno egoistica delle une verso le altre?

L'etica sociale potrà egregiamente determinare il fenomeno dell'egoismo che si fa altruismo (2), non meno che quei sentimenti apparentemente morali o filantropici (realmente egoistici e utilitarî perchè cagionati da timore di crisi e politici scon-

---

(1) *Conferenze di scienza sociale*, serie I, pag. 14, 17, 29, 32, 44, 52; II, pag. 1 e seg.

(2) Anche qui giova richiamare l'opera filosofica dell'Ardigò, la cui etica è anzitutto un'etica sociale. Cfr. l'importante libro del valente discepolo di lui, il Marchesini, *La vita e il pens. di R. Ardigò*, pag. 192 seg., 282 seg.

volgimenti) ai quali è pur da ascrivere una parte delle sociali riforme.

Sebbene l'etica sociale non sia insegnata da apposita cattedra nelle nostre università, ha importanza grandissima in molti altri corsi che la suppongono conosciuta, mentre non lo è. Quanto ciò nuoccia a formarsi giusti concetti dei fenomeni giuridici e sociali, ognuno può immaginarlo il quale pensi ad un ragionamento che esponga le conseguenze senza le premesse. Così si giustifica il desiderio di nuove discipline; la sociologia criminale potrebbe esser supplita in gran parte, se non in tutto, dalla etica sociale. Ed anche qui ci si presenta la questione, di continuo rinascente, del libero arbitrio non tanto come fattore esclusivo o concomitante dell'agire individuale, quanto piuttosto come forza di individui o di autorità direttive che ha sui fenomeni sociali un'azione determinata. È assurdo creder questa illimitatamente ed arbitrariamente efficace (1) sì da mutare ad un tratto l'etica sociale di un popolo e di un periodo storico. Tuttavia l'azione umana, che modifica l'istessa superficie terrestre, non può non cooperare a serrar in un fascio certe tendenze morali chiuse nel fondo della coscienza umana e rivelarle quasi a questa. Il segreto del propagarsi di talune religioni è dovuto alla formolazione autorevole d'idee morali già balenate alla coscienza popolare e rese volgari da dotti o da uomini di genio.

---

(1) La questione era già bene accennata dallo Schiattarella, *La filosof. posit. e gli ultimi econ. ingl.*, Milano 1876, pag. 32-33.

§ 33.

Le scienze politiche.

La politica fu concepita come scienza, anzi come la più alta di tutte le scienze, già nello splendore della filosofia greca (1). E le si ascriveva per fine il conseguimento del sommo bene, cioè la giustizia o in altri termini l'utilità generale (2). Così la politica si credette un ramo della filosofia; anche in Roma i filosofi discutevano di politica, mentre coloro cui furon via via commesse le sorti della repubblica seppero governarla più col proprio senno che per virtù di teorie.

Nell'età di mezzo restarono nozioni di politica coi barlumi di scienza classica conservata nelle scuole delle arti liberali. E se di politica si videro poi meno umili trattazioni, parvero monopolio di teologi e di filosofi. Che poteva valere lo Stato concepito come opera umana e peccaminosa? Ma il fiorire della giurisprudenza condusse i legisti (§ 2) a discutere di argomenti politici e a partecipare alla disputa intorno ai limiti dei due poteri, lo spirituale e il temporale incarnati nel pontefice e

(1) Aristot., *Polit.* (Barth. s. Hil.), II, V, 11; III, VII, 1.

(2) Il concetto aristotelico può essere spiegato bene ai novizi dalle parole del Dareste, *La science du droit en Grèce*, pag. 218: « L'homme n'agit que pour se procurer un bien. Tout acte se détermine par son but et sa fin. Il en est ainsi de toute société et particulièrement de la société civile qui comprend toutes les autres et tend, par là même, à un bien supérieur ».

nell'imperatore (1). Si ebbe così una prima formolazione giuridica di certi problemi di politica che poi un giorno sarebbero divenuti parte del diritto pubblico (§ 22). E fu viva la convinzione che ai giuristi dev'esser familiare la politica.

Da molteplici rivoli era così alimentata quella scienza politica medioevale, non priva di qualche nobile concetto, della quale anche gli scolastici ci lasciarono un completo disegno (2): e si trascinò sino all'aurora dell'età moderna. Quando poi alla metà del secolo decimoquinto la rinata cultura classica addestrò le menti allo studio degli antichi modelli e la erudizione si cangiò a poco a poco in nuovo pensiero, anche lo studio diretto di Platone e di Aristotele giovò alla politica come puoi vedere nel Bodin istesso (cfr. § 2). D'altra parte la storia diveniva maestra di ammonimenti politici (così presso di noi col Machiavelli); e nelle relazioni delle ambascerie nostre, e nelle informazioni dei legati italiani, nel loro carteggio coi principi e con le proprie repubbliche parve risorta l'antica politica pratica. Quegli scrittori, ben disse il Ranalli (3) non facevano se non quasi deporre nei loro libri il frutto d'una esperienza, raccolto con l'essere stati lungamente nei maestrati e uffici pubblici. Pur-

---

(1) Le teorie dei postglossatori non sono che una continuazione delle dottrine già risalenti ai primi legisti. Gli scritti attribuiti dal Fitting ad Irnerio (*Summa Codicis* e *Question. de iur. subtilit.*) hanno contribuito a rischiarar questo punto. Cfr. Rehm, *Gesch. der Staatsrechtsw.*, pag. 159 e seg.

(2) Cfr. sulle forme di governo e sulla loro convenienza Thom. Aquin., *Summa theol.*, II, qu. 105, a. 1.

(3) *Lez. di storia,* Firenze 1867 pag. 192.

troppo una così detta ragion di Stato guidò in breve la politica e giustificò ogni nequizia di reggitori degli Stati compendiando, per così dire, in quella ragione tutti i mezzi leciti e illeciti per conservarli (1). Sulle ruine dei Comuni eran sorti i principati; le repubbliche cangiavansi in aristocrazie; i monarchi, debellato il feudalismo, divennero assoluti; sorsero i grandi Stati. Che poteva restare di certe massime politiche affermate già in antico presso di noi, come la sovranità del popolo e il suo diritto di deporre il principe malvagio? La politica fu naturalmente un tessuto di tirannidi, di congiure, di stragi.

Ma la forza dell'umano pensiero si desta per fortuna dai suoi periodi di letargo e affila armi più taglienti delle spade. I giuristi filosofi del diritto naturale già dal secolo decimosettimo si accinsero a considerare lo Stato qualche cosa di diverso da un braccio secolare della Chiesa e a formolare una scienza politica distinta dalla teologia, dall'etica dal diritto, e rivendicante a sè alcune materie usurpate dalla teologia, dalla filosofia, dal diritto (2). Si voleva dunque rigorosamente procedere con un buon criterio dialettico (cfr. § 13) e così si affermava una distinzione della politica dal diritto pubblico (§ 22) già prima che una parte della politica fosse divenuta diritto. Fede di scienziati, paragonabile a quella dei cultori del diritto

(1) Cfr. Rava, *Celso Mancini filos. e polit. del sec. XVI*, Bologna 1888, spec. i cap. III e IV

(2) Sull'opera del Lipsius (1590) cfr. Jellinek, *Die Lehre des mod. St.*, I, pag. 58; su quella dell'Althusius (1603) Gierke, *Johannes Althusius*, pag. 3 e seg.; 18 e seg.

internazionale (§ 27): e si spinse sino ad ammettere che la politica possa esser ridotta in forma di cienza con assiomi e verità generali e invariabili (1).

Ed ecco la politica traversata ben presto da quella corrente metafisica che, pur generandovi ad ora ad ora generose ed umanitarie tendenze, la ridusse una specie di filosofia astratta, buona idealmente per ogni luogo e tempo, inattuabile in realtà dove che sia. Si ebbe così una politica aulica o ortodossa carezzata dai principi, ed una precorritrice dei nuovi tempi e sognante rivendicazioni dei diritti dei popoli, contro le quali si scatenavano le ire dei despoti. Ma anche questa non giunse mai ad assumere un preciso e concreto aspetto, salvo in pochi punti.

Se si pensa che lo Stato, agli occhi di tutti, abbracciò e assorbì ogni manifestazione della vita sociale (§ 30), è ben naturale che la politica, scienza dello Stato, si allargasse in tanti rami che parvero alimentati dallo stesso tronco. Si attribuì alla politica tutto ciò che risguardasse non pure le costituzioni degli Stati e le loro relazioni coi sudditi e quelle fra Stato e Stato, ma la produzione della ricchezza nazionale, i mezzi per sopperire ai bisogni generali dello Stato e quelli a tutela della sicurezza e degli interessi dei sudditi (2). Alla fine del

(1) È il titolo di uno dei famosi saggi dello Hume: cfr. i suoi *Essays moral., politic. and liter.*, edit. by Green und Grose, London 1898, I, pag. 98-109. I saggi pubblicati alla metà del secolo decimottavo furon presto diffusi in Italia. Un'edizione dei *Saggi* porta la data Italia 1809.

(2) Cfr. Ferrari, *I princ. fondam. della scienza polit*

secolo decimottavo, malgrado la teorica distinzione della politica dal diritto pubblico e da altre discipline, un sistema di scienze politiche non era sorto (1).

Oggi invece non poche delle dottrine propugnate e discusse dalla politica di un tempo costituiscono delle discipline a sè, vuoi giuridiche (§ 18), vuoi politiche in senso stretto (§ 30). Il loro quadro (2), le loro relazioni con la politica generale possono apparire tuttora mal determinati; ma è certo che anche in questo punto si assiste a nuove formazioni e combinazioni del pensiero sociale, le quali impediscono tuttavia un assetto sufficientemente stabile. La stessa terminologia è oscillante, potendosi dir politiche anche le scienze che hanno acquistato carattere giuridico, come in massima parte il diritto pubblico. E se le norme del diritto s'impongono con la loro coattività e quelle della loro necessità, è certo che l'ordine giuridico si sostiene

---

nella *Riv. ital. per le sc. giur.*, XXXVIII (1905): pag. 287.

(1) Eppure costituiva già un avvio ad esso la *Biblioth. de l'homme public* (1790-1792) pubblicata dal Condorcet, Peysonel et Le Chapellier. Essa volle essere un'« analyse raisonnée des principaux ouvrages français ou étrangers, sur la politique en général, la législation, les finances, la police, l'agricolture et le commerce, et sur le droit naturel et public ». Nei ventotto tomi della *Bibliothèque* ci passano innanzi Aristotele, Bodin, Machiavelli, Guicciardini, Locke, Platone, Montesquieu, Senofonte, Puffendorff, Mirabeau, ecc. Di alcune delle opere classiche non si dà che l'estratto.

(2) Noi l'abbiamo nella *Biblioteca di Scienze politiche* diretta dal Brunialti ed edita dalla Unione tip. ed. torinese.

con le convinzioni politiche (1). Se fu sempre così, un tempo erano queste violentemente imposte; oggi debbono essere libere nella loro formazione e mutazione.

Inoltre ai dì nostri la politica è già ai confin del diritto assai più che nei secoli scorsi. L'odierno Stato, a servigio della società civile (§ 10), non può lasciarsi guidare, nella sua azione sociale e politica da criterî antigiuridici; essa, oltre che opportuna, deve essere morale e non lesiva delle norme giuridiche di diritto privato e pubblico (2). Anche i modi dell'azione politica: ad esempio la formazione della gerarchia civile, dell'esercito, l'imposizione dei tributi, son giuridicamente prestabiliti. Certi obblighi del cittadino, come quello di sopportare, in modo uniforme per tutti, i pesi dello Stato hanno ormai il carattere solenne di diritto scritto nelle carte costituzionali in opposizione agli arbitrî e alle antigiuridiche diseguaglianze delle trascorse età. Ma si progredirà su questa via trasformando totalmente qualche parte della politica in vero diritto. Se infatti sarà sempre impossibile incatenare a norme giuridiche le mutazioni della costituzione dello Stato, o la necessità o convenienza della imposizione dei tributi, si potrà tuttavia conseguire tale intento in quella parte della politica (ogni dì

(1) Appunto perchè politica e diritto, malgrado quel diverso carattere delle loro norme, non affermano l'« essere », ma il « dover essere ». Jellinek, *Die Lehre des mod. St.*, I, pag. 20.

(2) Scriveva già il Romagnosi, *Genesi del dir pen.*, § 938, la prudenza politica è « l'arte di effettuare l'utile d'una società civile dentro i limiti prescritti dal diritto e seguendo i motivi della morale pubblica ».

beneficamente invasa da trattati internazionali) che regola le relazioni fra Stato e Stato.

Nell'ordine pratico la politica è appunto oggi tutta mossa dalle tendenze che agitano i popoli e specialmente certe classi, aizzate contro lo Stato quasi istituto a tutela esclusiva di altre, tanto più che questo non è immune da colpe. Errate teorie politiche ne traviarono l'ufficio anche in recenti lotte fra capitalisti e lavoratori. Nell'ordine teorico la politica si trova di fronte ad una scienza che le contende l'antico primato, la sociologia (§ 37), quale scienza di quel tutto sociale di cui lo Stato non è che un organo. Come per tutte le scienze che entrano nella giurisprudenza, c'imbattiamo qui nel problema delle relazioni fra la politica e la sociologia e se quella possa tuttora considerarsi una scienza o non sia che un'arte di governo (1). Il giurista consapevole del modo in cui si è formata l'odierna giurisprudenza e dei suoi bisogni (§ 17) deve soprattutto considerare che la politica ha per lui ora l'ufficio d'illuminarlo sullo Stato, quando pure il progresso di una scienza superiore possa in avvenire rivendicarlo a sè. La distinzione fra scienza ed arte è metafisica anch'essa (2): l'arte di governo non si può insegnare; vi si è chiamati e si esercita male o bene secondo le proprie attitudini individuali. Certamente sin che

(1) Quindi anche nella scienza tedesca la distinzione fra politica come scienza pratica e arte.

(2) Ben dice il Fragapane, *Oggetto e lim. della filosof. del dir.*, II, pag. 148: « la complessità dei fenomeni sociali fa sì che a render possibili delle applicazioni pratiche sociali occorrano le sintesi più vaste ».

noi ignoreremo le leggi a cui obbediscono le mutazioni degli umani consorzî e finchè le nostre previsioni sociali saranno deboli e fallaci (1), sarà impossibile avere una politica teorica (2) il cui carattere di scienza possa paragonarsi alla matematica o alla meccanica. Ogni nostra scienza politica ha del relativo a tempi, a luoghi, a fini da raggiungere e si muta, pur senza che ce ne accorgiamo, in un'arte di governo e talora anche di difesa momentanea contro forze a cui l'avvenire potrà dare, disciplinandole, il sopravvento.

La politica si può dire una scienza che determina i compiti dello Stato entro la società di cui è il rappresentante (§ 10) e nella universale società degli Stati cui appartiene, e i mezzi pel retto conseguimento dei compiti stessi (3).

---

(1) Buone osservazioni in Levi, *Per un progr. di filosof. del dir.*, pag. 122-123. Si mediti poi il libro di L. Limentani, *La previs. dei fatti sociali*, Torino 1907. Il problema vi è guardato da ogni aspetto con severa imparzialità e soda dottrina.

(2) Cfr. in favore di una teoria razionale della politica le acute osservazioni del Fovel, *Scienza polit. e scienza dell'amm.*, Bologna 1906.

(3) Cfr. Holtzendorff, *Die Princ. der Politik.*, 2.ª ed., 1879, pag. 2 e seg. in cui tratta delle varie definizioni. Altre son riferite dallo Jellinek, *Die Lehre des mod. Staats*, I, pag. 13, n. 1, il quale pone in rilievo nella sua definizione della politica come scienza certi aspetti teleologici che forniscono insieme dei criteri per la critica delle condizioni e relazioni dello Stato. Il Fragapane, *Ogg. e lim.*, II, pag. 145 fa spiccare la dipendenza della politica dalla sociologia: quella è la « sociologia applicata ». Il Loria, *Le basi econom. della cost. soc.*, pag. 269 e sg., degrada la politica e tutti i suoi rami ad una serie di atti a vantaggio della classe economicamente dominante.

E qui ci si offre spontanea l'idea che una scienza sì ampia debba scindersi in tante scienze politiche in stretto senso, quante sono le relazioni fra Stato e società civile; quelle pure che ti si presentano come giuridiche (§ 18) sono opera politica se si consideri l'azione di Stato che matura il loro carattere giuridico o (giovandosi della critica che la scienza politica fa di continuo alle vigenti istituzioni) muta la loro figura od anche toglie ad esso quel carattere (§ 9). La distinzione di questi rami della politica è effetto adunque in gran parte di bisogni sociali che più o meno invitano ad un'analisi, da cui scaturisce non di rado una nuova distinzione teorica. Ma questa, giova ben dichiararlo, non può, nè deve sempre corrispondere a distinzione didattica, dovendo invece l'espositore di un diritto risalire a considerazioni di politica e con esse accingersi a critiche e discussioni, se non vuol restar chiuso fra le muraglie di corsi spesso mal divisi e imporsi dannose barriere (cfr. § 13).

Ecco pertanto le più frequenti partizioni della politica:

a) *Politica* in stretto senso o teoria generale dei compiti dello Stato; nè qui si debbono disgiungere i giuridici dai sociali (§ 30) per non dimezzare la necessaria sintesi di tutti gli aspetti dell'azione dello Stato, salvo ad indicare poi le fondamentali diversità di questa rimpetto agli uni e agli altri. Appunto riguardo a quei compiti giuridici dobbiamo distinguere una *politica legislativa*, la quale additi al legislatore il suo dovere sociale e lo ammaestri intorno alle opportune mutazioni del diritto? (1). È stato anche proposto di dirla *po-*

(1) È insomma la giurisprudenza legislativo-politica del Menger, *Ueber die soz. Aufg. der Iurispr.* Cfr. p. 212, n. 1

litica giuridica, per indicare che giova non pure al legislatore; ma ad ogni giurista il quale coopera a quel movimento pel diritto (1). In tal caso sconfinerebbe a rigor di logica da questo paragrafo. Ma anche come politica legistativa si confonde in parte con la scienza dell'amministrazione sociale (lett. *e*) in parte con l'economia politica (§ 33). Ed è soprattutto una sola cosa con quella giurisprudenza scientifica (§ 17) che non vuol ridursi una pura dogmatica del diritto positivo (2).

b) *Politica interna* o *costituzionale* che indaga le relazioni tra l'organismo politico-amministrativo dello Stato e le condizioni sociali del popolo, e scopre le leggi cui son sottoposte le riforme politiche. Nel cozzo dei partiti, delle tendenze soverchiamente conservatrici e delle smodatamente sovversive, la calma indagine scientifica deve additare il disequilibrio delle istituzioni dello Stato in un momento determinato, il dissenso tra le politiche e le amministrative; analizzare la cultura intellettuale del popolo; scendere nel fondo della coscienza collettiva (qui ha importanza maggiore che nei difficili problemi di altro ordine giuridico e sociale) e proporre quei mutamenti che l'esperienza consiglia. Tale dottrina politica deve pure avvertire tutte le prossime e remote conseguenze della proposta riforma dell'organismo politico-amministrativo dello Stato, affinchè la correzione del pre-

(1) Cfr. Lambert, *Étud. de droit comm.*, I, pag. 107 e seg.: 812 e seg.

(2) D'accordo pienamente col Lambert, op. cit., pag. 823 «La polique juridique... n'est qu'une des formes particulières de ce qu'on appelle la *science du droit* ».

cedente disequilibrio non ne generi tosto un altro.

c) *Politica internazionale*, la quale studia l'azione dello Stato nella umanità o, come oggi dicesi meglio, nella società degli Stati. Abbandonata omai l'ingannevole teoria dell'equilibrio europeo, essa deve procurare a poco a poco il trionfo di un diritto internazionale (§ 27) che assicuri il regno della civiltà presso tutti i popoli ed il loro massimo benessere; condurre al rispetto delle lacerate nazionalità accordando le patrie con l'umana fraellanza; temperare le asprezze della lotta economica fra gli Stati.

d) *Politica ecclesiastica*, che studia le relazioni tra lo Stato e le diverse Chiese, assegnando una speciale importanza alla cattolica per le condizioni stesse in cui trovasi fra noi.

Anche questa politica (che ha in Italia una storia, purtroppo trascurata) acquista una certa giuridicità perchè taluni rapporti fondamentali fra Chiesa e Stato sono regolati per legge. Meglio si è determinato oggi il carattere dello Stato indipendente dalla Chiesa e di questa, che è restituita al suo vero tipo di potenza spirituale: onde più esattamente definita l'indole della rappresentanza (diritto di legazione) spettante alla chiesa e dei concordati. Lo Stato, tutore di ogni opinione religiosa, non può farsi avversario o giudice di una religione, e deve soltanto reprimere le offese al diritto individuale o pubblico. Non è vero che lo Stato moderno sia ateo: esso niente afferma e niente nega Delicate questioni sorgono non tanto per le relazioni tra la autorità dello Stato e la ecclesiastica riguardo al regio *placet*, alle mensa vescovili, ecc., quanto per segnare i limiti della libertà di predi-

cazione dei ministri del culto e della loro facoltà d'imporre condizioni all'assoluzione del penitente (ad es. restituzione dei beni già ecclesiastici da lui acquistati), le quali sembrino contradittorie al nostro diritto; per determinare se la proposta di certe leggi contrasti inopportunamente al sentimento religioso della maggioranza; per stabilire se e come debbasi ammettere un'istruzione religiosa nelle scuole dello Stato, ecc. In Italia le condizioni storiche hanno prodotto ai dì nostri una speciale antitesi tra la Chiesa e lo Stato: la quale rende in sommo grado difficile l'attuazione pratica della politica ecclesiastica, nè si può dire che la formola « libera Chiesa in libero Stato », utile in un momento storico, giovi a risolvere ogni questione. Si possono ricordare come importanti fenomeni di questi ultimi anni alcuni scritti di dotti ecclesiastici, quali il Curci, il Bonomelli, il Tosti, proponenti una così detta conciliazione fra la Chiesa e lo Stato, sulla rinuncia, più o meno ampia, di quella al potere temporale. La stessa filosofia del Rosmini conduce a tale risultato: onde la vera cagione delle ire gesuitiche. Saranno questi gravi problemi definitivamente risolti dalle mutate condizioni sociali e politiche più che dal volere degl'individui. Lo Stato niente può o deve cedere; la Chiesa non ebbe dominio temporale che per condizioni storiche ormai incompatibili con l'odierna unità nazionale, nè di esso abbisogna per la propria missione. D'altra parte lo Stato non può negare il fatto religioso: fatto sociale anch'esso (cfr. § 9).

e) *Politica amministrativa* che studia l'azione con cui lo Stato si procura i mezzi economici e i servigi personali di cui abbisogna, e con cui s'ingerisce nei fenomeni economici, fisici, intellettuali

dalla società. Così si ha una *Scienza dell'amministrazione politica* ed una *Scienza dell'amministrazione sociale.*

La *Scienza dell'amministrazione politica* comprende tre speciali discipline: la *Scienza delle finanze,* la *Scienza della gerarchia civile,* la *Scienza dell'esercito.* Di queste, soltanto la prima è insegnata da una speciale cattedra detta di *Scienza delle finanze e diritto finanziario.* Tale dottrina si staccò dall'economia sociale e in parte anche dal diritto amministrativo (§ 22 in f.): sorta dai bisogni stessi dell'odierno Stato, ha cercato e cerca tuttodì di determinare esattamente i suoi legittimi confini. Si ha qui da ripetere che l'apparizione di fenomeni, conseguenza di profondi mutamenti nella struttura moderna dello Stato, è la prima base (come lo fu pel diritto privato) su cui poggierà il nuovo edifizio scientifico. Il bisogno di formare una disciplina a sè non deriva da tendenze di dotti, quanto piuttosto dalla opportunità di concentrare più intensamente l'osservazione sopra una serie di fatti che hanno assunto un nuovo aspetto. Ogni politica società ha avuto un suo modo di provvedersi i mezzi economici necessarî al raggiungimento dei proprî compiti. Lo Stato odierno non è più un violento aggregato che si nutrisce di conquista e suppone lavoro di schiavi, o il rappresentante di una sola classe privilegiata a cui vantaggio attuare la sua tutela, nè un istituto che si confonde co principe e di lui solo cura gl'interessi, come se il patrimonio pubblico fosse mezzo del suo benessere e quasi indirettamente di quello sociale.

Anche qui la distinzione fra società civile e Stato è fondamentale (§ 10); ma non deve essere fraintesa sì da credere la finanza dello Stato sia quella

di un ente a sè rimpetto alla politica collettività. Sebbene questo concetto abbia giovato a far distinguere l'economia dello Stato da quella dell'individuo e contribuito a dare impronta autonoma alle dottrine finanziarie, non si può oggi accogliere se non una scienza delle finanze che abbia una base economico-sociale (1). Onde è disciplina politica in quanto studia una forma di azione dello Stato; ma ha un carattere eminentemente sociale. La pubblica finanza non può esser più considerata come semplice arte: costituisce un corpo di dottrine sistematicamente ordinate ed alimentate da una completa analisi dei fenomeni e degli istituti finanziarî.

Ora sebbene si tenda a considerare la scienza delle finanze come disciplina a sè, si può anche ricongiungerla teoricamente alla economia sociale. Il Sax (2) crede insufficiente una spiegazione etica e giuridica in stretto senso delle imposte: non basta l'idea della loro « giustizia »; sono da considerare invece alla stregua di precisi criterî economici (3). La dottrina dell'imposta è un aspetto di quella del valore; l'economia sociale e l'economia di Stato pro-

(1) Cfr. Alessio, *Il fondamento economico-sociale nelle dottrine finanziarie*, pag. 9 (nel *Giornale degli economisti*, III, fasc. 2-3).

(2) Cfr. la sua *Grundlegung der theoretischen Staatswirthsch.*, Wien 1887, spec. pag. 113 e seg. e la sua conferenza popolare, *Gli ultimi progressi della scienza economica*, negli *Studi senesi*, V, pag. 163-192 (trad. Graziani). Sulle dottrine del Sax, Graziani, *Studi senesi*, VI, pag. 211 e seg.; Alessio, *Studi sulla teorica del valore*, pag. 93-96.; Loria *Le basi econom.*, pag. 309 e seg.

(3) *Grundlegung der theoret. Staatsw.*, pag. 486 e seg. 523 e seg.

cedono con identiche norme. Ma qual'è il concetto del valore secondo il Sax? Egli lo crede basato sopra un fatto psicologico familiare ad ognuno: l'associazione d'idee. Da una parte l'uomo ha bisogni graduati secondo la loro intensità, dall'altra ricchezze (o beni esteriori limitati) che si deve procacciare pel soddisfacimento di quelli mediante il lavoro, a cui è unita una quantità di pena o ripugnanza (« Unlust »). Qui sorge un raffronto tra la quantità di piacere prodotto dalla soddisfazione de bisogno e la quantità di pena o ripugnanza del lavoro. « In altri termini, dirò col Sax (1), l'uomo sente il dolore dell'insoddisfacimento del bisogno e la pena del lavoro, e le sue azioni sono determinate dal più grande di questi sacrifici. Se il dolore causato dal lavoro è più grande di quello inerente all'insoddisfacimento di un bisogno, questo non viene appagato; il desiderio della ricchezza è vinto dalla pena procacciata dal lavoro. Se l'intensità del bisogno compensa il sacrificio del lavoro, l'uomo si assoggetta agli sforzi necessari per conseguire la ricchezza, come per esempio l'operaio privo di mezzi di sussistenza, per guadagnarsi la vita, compie i lavori più faticosi ». Ciò posto, l'uomo dovrebbe, prima di compiere qualsiasi atto economico, contrapporre mentalmente la intiera categoria dei bisogni al complesso delle ricchezze conseguibili, se non lo dispensasse da questo lungo lavoro la sensazione economica del valore. Il quale non è perciò nè una qualità obbiettiva delle ricchezze, nè un rapporto obiettivo di quantità: una determinata somma di danaro o una determinata quantità di ricchezze sono la misura del valore

(1) *Gli ultimi progressi*, loc. cit., pag. 172.

piuttostochè il valore stesso, a quella guisa che il calore non è una dilatazione d'una colonna di mercurio, ma questo serve come misura del calore (1). L'uomo avrebbe quindi « quasi automaticamente » il mezzo di apprezzare e sentire l'importanza d'una ricchezza pel soddisfacimento d'un bisogno. Tal propria sensazione costituirebbe il « valore ».

Ma i bisogni umani non debbono esser considerati soltanto sotto l'aspetto individuale, sivvero anche sotto il collettivo. Il Sax (2), osserva anzi che, sebbene la scienza economica abbia variamente concepito l'idea di bisogni comuni, bisogni dello Stato, bisogni del governo e del loro soddisfacimento mediante l'attività collettiva, niente ha prodotto per la loro teorica configurazione. Egli stabilisce che i bisogni collettivi son quelli stessi delle persone aggregate nella collettività, non come individui che voglion raggiungere i loro particolari fini della vita, bensì come membri di una moltitudine di uomini, i quali, come collettività, si propongono fini di esistenza. Onde il bisogno collettivo è soggetto pel suo soddisfacimento, nella stessa guisa dell'individuale, alla limitazione dei beni esteriori (3). Lo Stato infatti ha d'uopo di beni per il diretto soddisfacimento dei bisogni collettivi o per fornire di un mezzo tecnico d'aiuto coloro che agiscono come organi della collettività o per provvedere ai bisogni individuali di questi. Io dissi Stato, sebbene il Sax preferisca l'idea della collettività o aggregazione sociale; tuttavia egli

(1) Il paragone è del Sax, *Gli ultimi progressi*, loc. cit., pag. 188.

(2) *Grunleg. der theor. Staatsw.*, pag. 181.

(3) Cfr. op. cit., pag. 192.

pure riconosce una coazione di questa sul singolo. Il quale sente la sua partecipazione al bisogno collettivo come economica limitazione della propria vita in virtù dell'appartenenza all'aggregato coi suoi simili, e riguardo allo scopo della esistenza di questo. Per tal modo « il bisogno collettivo è una manifestazione della vita degli individui, ma tale che, derivando dalla appartenenza alla collettività, li mostra soggetti ad un rapporto economico, territoriale negli aggregati obbligatori per ogni singolo e relativamente ai comuni fini di esistenza che questi si propongono » (1). Ora le contribuzioni pubbliche appariscono come una forma di apprezzamento collettivo dei bisogni sociali che si attua con quei criteri i quali guidano il singolo nell'azienda propria. Invero gli organi della vita sociale son composti di rappresentanti delle singole aziende individuali ed essi ricercano qual parte di beni son pronti a cedere i privati, secondo la loro individuale valutazione (lo stesso criterio del valore), per le funzioni pubbliche. Fatto un confronto con ciò che richiedono le spese per queste, si accettano o tralasciano le relative consentite prestazioni, secondo che appaiono o no sufficienti allo scopo.

Non dobbiamo spingerci più oltre, paghi di aver additato questo pregevole tentativo di spiegazione teorica dei fenomeni finanziari (2) che il Sax esamina in tutti i loro aspetti. D'altra parte non possiamo

---

(1) Sax, op. cit., pag. 193.

(2) Per altre teorie cfr. Nitti, *Princ. di scienza delle finanze*, n. 16 e seg., pag. 43 e seg. Ivi si leggono pure buone osservazioni sulla dottrina del Sax.

fare a meno di osservare che non soltanto l'interesse di classe può far deviare i rappresentanti da quel criterio di valutazione che rigorosamente avrebbero seguito i privati di cui essi sono rappresentanti; ma che le stesse assemblee politiche, nell'interesse generale dello Stato, hanno talora una virtù di sacrificio, la quale sarebbe mancata forse ai privati; e, partita qui da un'eletta schiera, si impone coattivamente e anche impopolarmente a tutti. Così la dottrina delle imposte torna un capitolo della scienza economica. Certo si è che coloro stessi, i quali sostengono la *Scienza delle finanze* come dottrina a sè, non hanno in animo di scinderla bruscamente dalla economia. Sin dal fiore della scuola classica economica si dà importanza allo studio degli effett economici dei fenomeni ed istituti finanziari (1).

La *Scienza delle finanze* abbraccia la teoria generale della finanza pubblica, ossia tutti i fatti ed istituti relativi all'acquisto e all'uso delle ricchezze materiali per parte dello Stato, della provincia e

(1) Cfr. ad es. il fatto della ripercussione dei tributi, su cui è da citare fra noi il libro del Pantaleoni, *Teoria della traslazione dei tributi*, Roma 1882 (un'interessante recensione di esso, dovuta al Loria, trovasi nell'*Arch. giur.*, XXIX, pag. 549-54). Vedi anche Graziani, *Studi senesi*, VI, pag. 225 e seg.; ma la dipendenza della scienza delle finanze dall'economia sociale non si deve spingere col Loria, *Le basi ecc.*, pag. 269 e seg., sino al punto da presentar quella come un prodotto esclusivo ed arbitrario del capitalismo predominante, perchè l'ordinamento economico non si concentra tutto nella clas e dei capitalisti, nè a questa appartiene tutto il potere politico (Flora, *Man. di scienza delle fin.*, 2.ª ed., Livorno 1903, pag. 25).

del comune, e le speciali istituzioni della pubblica finanza (spese pubbliche, entrate ordinarie, demanio, tasse, imposte dirette ed indirette, ed entrate straordinarie quali il debito pubblico). Un corso complementare di *Contabilità di Stato* può riuscirle di valido sussidio, essendo anch'essa sfuggita al gretto empirismo e prodecendo con regole logiche le quali conducono ad un esatto esame della vasta azienda finanziaria dello Stato.

La *Scienza della gerarchia civile* e la *Scienza dell'esercito* sono in gran parte da fare, malgrado se ne abbia qualche modello nella letteratura. Se ne fece sostenitore il Ferraris (1), le combattè l'Orlando.

La gerarchia civile, ossia la coordinata ripartizione dei pubblici impiegati secondo un piano prestabilito, ci appare già fatta nel diritto amministrativo, che regola i loro diritti e doveri e le loro relazioni giuridiche con lo Stato che li prese al suo servizio mediante contratto. Ma appunto la formazione degli uffici, la proporzione in essi degli impiegati tecnici e dei giuristi non può esser lasciata ancora all'empirismo o all'arbitrio dei reggitori. Come tutto lo Stato è un organismo, così la gerarchia civile deve rispondere a questo concetto, nè vi ha da essere quella superfluità che quasi fa pensare alla burocrazia dell'impero romano della decadenza, e costituisce una vera sovrapopolazione di impiegati alimentati dallo Stato a danno della pubblica finanza e degli individui stessi, che po-

(1) *La statist. e la scienza dell'amministraz. nelle facoltà giurid.*, Padova 1878 (anche nel *Giorn. degli econom.* di Podova, luglio-novembre 1877), e nei *Saggi* cit., pag. 49.

trebbero in altra guisa impiegare utilmente le proprie forze ed attitudini. Oggi il legittimo desiderio degli impiegati di migliorare il proprio stipendio insufficiente ai bisogni della vita spingerà, giova sperarlo, ad una completa revisione dei nostri ordinamenti amministrativi e in genere di tutti i pubblici servizî. Il criterio della migliore retribuzione non può essere disgiunto da un razionale coordinamento e da una razionale fusione e ripartizione dei pubblici uffici nel territorio dello Stato. Considerazioni politiche debbono guidare ogni riforma di tal genere, precipua quella della opportunità di un minore accentramento amministrativo, come si suol dire. Ma non vorremmo che perciò ne venisse in alcuna guisa indebolita l'azione dello Stato: debbonsi piuttosto resecare le sue superflue ramificazioni.

L'esercito come grande istituzione politica e come scuola di politica educazione e di sociale disciplina (1) non deve richiamare soltanto l'attenzione dei militari: nell'organismo dello Stato è qualche cosa più che un numero di corpi d'armata. Si debbono studiare l'intima natura dell'esercito e le sue relazioni con la costituzione dello Stato, la popolazione e l'economia pubblica. Non sono per certo criterî esclusivamente tecnici o strategici che consigliano nell'uno piuttosto che nell'altro modo l'organamento dell'esercito, l'amministrazione della giustizia militare, la speciale sua amministrazione

(1) Lo ricordino i nemici dell'esercito che vorrebbero domani, in nuove forme di convivenza una disciplina sociale, mille volte superiore a quella dei nostri eserciti!

economica (1). I grandi e permanenti eserciti sorti con intendimenti diversi dagli odierni e formati pure in modo diverso dal vigente hanno nello Stato dei nostri tempi, ove sembrano quasi un male necessario, la missione di proteggere i diritti della nazione e sono, purtroppo tuttora, la più efficace coazione del diritto internazionale. E mancando ancora un definitivo assetto degli Stati europei, è vana ogni previsione di disarmo, sebbene molti illusi se ne compiacciano (§ 27). Intanto, appunto perchè l'esercito rimase ancor fuori di un razionale esame teorico spettante alla politica amministrativa, accanto alle spontanee mutazioni introdottesi nel tipo di esso perdurano linee dell'antica costituzione tradizionalmente conservate senza alcuna utilità, leggi penali speciali, vincoli superflui, frantumi di passate condizioni storiche. Appena oggi si diffonde la persuasione che convenga ficcar lo viso al fondo nell'ordinamento dell'esercito e provvedere che questa fondamentale nostra istituzione non sia vana ombra.

L'Orlando (2) obietta che dei tre argomenti della scienza dell'amministrazione politica, solo uno, cioè la finanza, si è costituito come speciale disciplina mentre gli altri due (gerarchia civile ed esercito) sono quasi inesplorati. Onde dovrebbesi creare una nuova disciplina quando il corrispondente obietto

(1) Cfr. in questo senso la trattazione dello Stein, *Die Lehre vom Heerwesen als Theil der Staatswissenschaft*, Stuttgart 1888. Per altre notizie, anche bibliografiche, vedi Ferraris, *La statistica e la scienza dell'amministrazione*, pag. 97 e seg. Un saggio recente è quello del Bricito, *Istituz. di dir. milit.*, Torino 1904.

(2) *Arch. giur.*, XXXVIII, pag. 394.

abbia assunto tale importanza da meritare una speciale trattazione. Se, nondimeno, consideriamo la gerarchia civile e l'esercito, ci si fa palese il bisogno di uno speciale studio di questioni, le quali innegabilmente ci stanno innanzi e si fanno vive ormai anche nelle aule dei Parlamenti. Così soltanto potranno togliersi al gretto empirismo, alle passioni politiche, al favoritismo, al rigido e sovente irrazionale criterio dell'economia sul bilancio dello Stato. Neppure è utile di allargare la scienza delle finanze (1) sino a farle comprendere la formazione della gerarchia civile e dell'esercito per la considerazione degli stipendi e delle pensioni che sono la base dell'una e dell'altro. A questo modo la finanza potrebbe comprendere quasi tutti i pubblici servizi, essendo per lo più l'azione dello Stato congiunta ad una spesa. Se d'altra parte la scienza delle finanze deve limitarsi a considerare come beni soltanto le ricchezze materiali impiegate pel soddisfacimento dei bisogni collettivi, si giunge a negare quel carattere ai servigi personali di cui lo Stato provvedesi e che è in grado di fornire (2).

La *Scienza dell'amministrazione sociale* (3) è

(1) Come fa, ad es., il Wagner, *Finanzwissenschaft*, Leipz. und Heidelberg, 1877-78, §§ 71-87, 106-125.

(2) Cfr. in questo senso Sax, op. cit., §§ 34-36.

(3) Fu aggiunta al diritto amministrativo (senza dirla « sociale ») dall'art. 2 del regol. del 1888 per la facoltà giuridica; e tale si conserva nell'art. 3 del regolamento del 1906. La scienza dell'amministrazione figurava già, insieme all'igiene pubblica, fra le discipline che dovevano introdursi in quelle facoltà giuridico-politiche cui tendeva il regolamento Bonghi, 11 ottobre 1875. Fu conservata come complementare anche nel regolamento Coppino, 8 ottobre 1876. La facoltà giuridica di Pavia istituì

moderna e discussa da capo a fondo, quantunque l'idea se ne possa far risalire al Romagnosi (1). Secondo alcuni, alla scienza dell'amministrazione è riservata la parte speculativa della pubblica amministrazione nei suoi principî teorici, e senza vincoli di leggi positive o storiche contingenze; invece al diritto amministrativo (§ 23) spetterebbe la esegesi e l'applicazione delle leggi amministrative. Di questo concetto è traccia anche ne nostri regolamenti, i quali tuttavia non si possono considerare come vincolo per l'insegnamento universitario. È bene anzi evitare ogni dichiarazione ufficiale del contenuto e dei limiti di una disciplina in specie non giuridica e quindi delle più recenti e tuttora poco decisivamente definite. Altri credono che la scienza dell'amministrazione diversifichi dal diritto amministrativo per la estensione, per l'oggetto e per lo scopo. Quella avrebbe per oggetto il meccanismo dei pubblici servizî, l'organismo interno amministrativo, i doveri, i diritti, le attribuzioni respettive dei funzionarî gerarchici fra loro, il lato tecnico dei pubblici servizî. Al diritto am-

---

quell'insegnamento nel 1878, e il 2 aprile di detto anno lo inaugurava il professore C. F. Ferraris, le cui prelezioni (del 2 aprile e del 18 novembre 1878) son riprodotte nei *Saggi* cit., pag. 1-39. Egli la disse *Scienza dell'amministrazione sociale* seguendo l'esempio del Rösler. Per quanto si ispirasse alla classica opera dello Stein, il Ferraris modificava con idee proprie il concetto di quella disciplina. Cfr. il mio articolo *Amministrazione (Scienza dell')* nell'*Enciclopedia giur. ital.*

(1) È merito del Ravà di averlo dimostrato nella dotta e interessante prolusione *La scienza dell'amm. nelle sue orig. ital. e nel suo più rec. sviluppo*, Bologna 1898.

ministrativo spetterebbe di regolare l'azione stessa del potere esecutivo e di tutti i suoi funzionarî, in quanto per essa si provvede ai pubblici servizî nei rapporti coi diritti e cogli interessi degli amministrati. Nè mancano altri modi di intendere la scienza dell'amministrazione (1): dispareri naturali in discipline di recente formazione.

Secondo il concetto del Ferraris, la scienza dell'amministrazione sociale studia e determina l'azione positiva e diretta dello Stato per provvedere ai bisogni fisici, economici, intellettuali della società. Così questa scienza ci si presenta quale una delle più importanti nella odierna condizione sociale, in cui difficilmente si concepisce lo Stato quale semplice organo di tutela del diritto e di difesa contro gli esterni nemici. Nè solo la vecchia Europa adu-

(1) Cfr. su ciò e sulle belle discussioni cui il concetto di questa disciplina in sè e nelle sue relazioni col diritto amministrativo ha dato e dà luogo: Vacchelli, *La scienza dell'amm. come sc. auton.* (*Arch. giur.*, XII. 1894, pag. 33-72; Giura, *L'auton. organ. della scienza dell'amm.*, Bologna 1896; Longo, *La distinct. entre le droit admin. et la science de l'admin. en Italie* (*Revue de droit publ.*, II); Borsi, *L'unità didatt. del dir. amm. e della sc. dell'amm.* (*Il Filangieri*, XXXI, 1906, pag. 509 e seg. e 582 e seg.); il Presutti, *Principî fond. di scienza dell'amm.*, Milano 1903 (in questa coll.), pagine 1-43. Anche l'Orlando ha trattato ripetutamente dell'argomento. Nella monograf. *Dir. amm e sc. dell'amm.* (*Arch. giur.*, XXXVIII) ascrive alla scienza dell'amministrazione lo studio dell'ingerenza dello Stato nella vita sociale. Nell'introduzione al suo *Tratt. di dir. ammin.* pone nel diritto amministrativo il lato giuridico di quell'ingerenza sociale o diritto dell'amministrazione sociale senza più indagare l'oggetto della nostra scienza.

sata da secoli ai tradizionali tipi di imperi e di monarchie corre su questa via dell'azione sociale dello Stato; ma anche gli Stati dell'America ci offrono di già notevolissimi esempî di legislazione sociale. I quali non possono essere trascurati e confermano il deplorabile errore in cui cadono taluni ravvisando una contradizione tra libere forme di governo ed energica azione dello Stato.

Secondo l'opinione qui accolta, spetta al diritto pubblico il completo esame dell'organismo politico ed amministrativo dello Stato; la scienza dell'amministrazione deve accettarlo di già come è formato. Ne ci si accuserà così di completa indifferenza per la forma politica dello Stato, quasichè potessimo ammettere tuttora un dispotismo illuminato e operoso paternamente, come dicevasi pel bene della nostra società. Anzitutto la scienza dell'amministrazione sociale è coordinata con tutte le altre scienze politiche, e perciò anche con la politica costituzionale, che determina la corrispondenza delle forme di governo con la civiltà di ogni popolo.

Inoltre la nostra scienza non si svolge nel segreto dell'azione dello Stato, come volevasi in altri tempi; ma deriva i suoi suggerimenti dall'esame dei reali bisogni della società civile mediante la statistica, le pubbliche inchieste e la stessa opinione pubblica comunque manifestata. Nè l'azione sociale dello Stato, vuoi regolata da leggi, vuoi indipendente da queste, può sottrarsi a quei generali criterî che pongono l'odierno Stato sulla salda base del diritto e del rispetto all'individuo. La scienza dell'amministrazione si propone sotto un aspetto più pratico e concreto il problema dei limiti dell'azione dello Stato e (avuto riguardo alle condizioni di un popolo e di un periodo, e pur te-

nendo conto della storia e delle tradizioni senza che per ciò soltanto quella e queste legittimino istituti esistenti) consiglia l'intervento dello Stato in caso di difetto, inerzia, impotenza, o dannosità dell'iniziativa individuale. Crediamo che quel grande problema non possa ricevere una pratica soluzione che per questa via e con speciale riguardo ai singoli bisogni di un popolo in un momento storico. Onde avremo suggerimenti e limiti relativi che possono mutarsi insieme alle condizioni della civil società. Mentre poi l'economia (§ 32) ha pur sempre voluto impadronirsi della trattazione di quel problema, anche se, come applicata, cercava di acquistare un carattere pratico, facilmente era ed è tratta a considerare quel solo lato dei fenomeni che è di sua speciale competenza. La scienza dell'amministrazione esamina sotto ogni aspetto l'ingerenza dello Stato nei fenomeni sociali e studia la correlazione fra i singoli compiti di esso. Evita così la unilateralità delle parziali soluzioni, nelle quali decompone invece utilmente la soluzione del ricordato problema.

Pertanto la scienza dell'amministrazione si distingue dal diritto amministrativo per la diversità dell'oggetto, dei criterî direttivi, del concetto di amministrazione pubblica. Sappiamo già che della gerarchia centrale e locale, dei sindacati sopra di esse, dei conflitti di attribuzioni si occupa il diritto amministrativo e procede qui con criterî giuridici (§ 23). Quando invece trattasi del miglior modo di favorire il benessere sociale, la scienza dell'amministrazione deve necessariamente ispirarsi a criterî politici che desume appunto dalle fonti indicate (1).

(1) Cfr. il cit. libro del Fovel, *Scienza pol. e sc. del-*

Nè quando pure vi sia una legge d'indole sociale, si può dire che la scienza dell'amministrazione sia totalmente convertita in giuridica (§ 31). Infine essa dà alla parola amministrazione un significato assai più largo di quello del diritto amministrativo, il quale ci ha abituato a legare a tale parola l'idea di potere esecutivo. Qui invece amministrazione indica senz'altro ingerenza dello Stato nei fatti sociali in qualunque modo praticamente si manifesti. Non sempre si tratta di eseguire una legge, talora anzi di proporla o di abrogarla, talora di agire ove essa manca.

Gli svariati oggetti della scienza dell'amministrazione sono tanti, quanti i bisogni sociali di un popolo, pei quali sia opportuno discutere se richiedasi un intervento dello Stato: più campeggiano oggi quelli delle classi operaie (§ 10) che tendono a livellarsi alla borghesia, come già questa conquistò il suo posto negli ultimi grandi rivolgimenti politici introdotti nella costituzione dello Stato. Ma tali bisogni non sono certamente i soli, e la scienza dell'amministrazione che non può dimenticare la naturale ripartizione degli individui in classi, deve proporsi appunto la loro armonica coesisteva od operosità nel grande lavoro della vita sociale.

Come più volte abbiamo detto, una giovane disciplina non può pretendere di già un'ésatta classificazione dei suoi argomenti, molto più quando essa si insinua, quasi conquistatrice, nel tradizionale dominio di altre e può anche aspirare a trattazioni più vaste di quelle consentite alla Facoltà

---

l'amm. Politica e scienza dell'amministrazione gli appaiono inseparabili.

di giurisprudenza (1). Nulladimeno è già utile distinguere, soprattutto per noi giuristi, la scienza dell'amministrazione, corrispondentemente ai bisogni economici (che sono i primi e fondamentali), fisici, intellettuali, in *Scienza dell'amministrazione economica*, *Scienza dell'amministrazione interna* (l'epiteto è comunemente usato per indicare i bisogni fisici della società), *Scienza dell'amministrazione della pubblica istruzione* (2).

I giovani sono talora colpiti da un senso di sfiducia, osservando che taluni interessanti problemi vengon per ora piuttosto presentati che risoluti dalla scienza dell'amministrazione. Ma si guardino dal pretender troppo e quel senso non sorgerà; è già sommamente utile la posizione dei problemi sociali e la preparazione del necessario per la loro soluzione. Nè possiamo egoisticamente limitarci a quelli che saranno risoluti sotto i nostri occhi; è bello anzi lavorare pel massimo benessere sociale, sia che debbasi immediatamente raggiungere, sia che ne fruiscano le succedenti generazioni, essendo la società civile uno scambio di servigi non pure nello spazio, ma nel tempo. E noi dobbiamo educarci a questo sentimento di appartenenza ad una grande persona giuridica che non muore, malgrado la nostra breve esistenza. Si consideri anche che taluni ostacoli all'attuazione di qualche suggerimento della scienza dell'amministrazione derivano dal limite finanziario che incombe oggi sugli Stati. Il loro bilancio è assorbito in gran parte da numerosi eserciti che presidiano indispensabilmente la più co-

(1) D'accordo col Borsi, loco cit., pag. 585.

(2) Questa è la partizione del Ferraris, *Saggi*, pag. 22 e seg.

stosa delle paci, la pace armata, e da altre spese a cui davvero si conviene l'epiteto d'improduttive. Mutandosi le odierne condizioni, altra potenza economica avrà lo Stato; forse si modificheranno gli stessi bisogni degli individui e delle classi; il capitale, oggi necessariamente deviato ad altri intenti, potrà volgersi a fecondare germi di commerciale e industriale floridezza. Perchè dovremmo credere che le presenti condizioni sociali non debbano rinnovellarsi e scetticamente chiuder l'animo a più superbi ideali? Il sentimento di poter risolvere un problema sociale è già un fattore valutabile nello studio e nella preparazione del bisognevole per la sua soluzione. Le passioni politiche, profittando della ignoranza delle moltitudini e facilmente formando brillanti, ma fatui miraggi, dipingono sovente un vasto piano di riforme sociali in cui allo Stato attribuiscesi l'uno o l'altro compito. È ufficio della scienza nostra di ridurre al loro vero aspetto queste brillanti aspirazioni e considerarle alla stregua del concetto organico dello Stato, poichè per lo più le volgari declamazioni politiche peccano di unilateralità. Nelle moltitudini infatti la politica penetra per mezzo di aforismi, di massime generali, astratte, quasi sentimentali; il legame fra quelle massime e la loro dipendenza da un intimo sistema politico, economico, finanziario dello Stato, sfuggono necessariamente al popolo. La scienza dell'amministrazione sociale, volgarizzandosi, può giovare grandemente all'educazione politica.

È stata combattuta anche la distinzione fra scienza dell'amministrazione politica e scienza dell'amministrazione sociale (1). Si è obbiettato che

(1) Orlando, loc. cit.

non vi è ragione per distinguere lo studio dei mezz dello Stato (finanze, esercito, gerarchia civile) che si ascrive alla prima, da quello del fine che si vorrebbe proprio della seconda. Ma si può stabilire (1) un esclusivo rapporto di mezzo a fine tra finanza, gerarchia civile, esercito e azione sociale dello Stato? Lo Stato, procurandosi entrate e servigî personali, vuol conseguire tutti i suoi molteplici compiti, di cui uno soltanto è sociale; sebbene lo Stein (2) lo veda congiunto alla personalità dello Stato stesso, realmente è proprio di questo soltanto in determinate condizioni di civiltà, nè si può dire essenziale alla sua personalità (3). Sarebbe più logico considerare finanza, gerarchia civile, esercito, come mezzi al conseguimento del fine essenziale dello Stato: la tutela del diritto. Ma se in ultima analisi ciò è vero, si cadrebbe in un concetto antiscientifico e contradittorio a quella benefica tendenza teorica che oggi domina nell'esame degli istituti politici e finanziarî. Gli argomenti non possono ricevere una completa trattazione se non sottoponendoli ad uno studio a parte; ed è dovere poi di chi segue un buon metodo di ricollegare all'insieme quei fenomeni che aveva idealmente staccato per sottoporli meglio alla sua osservazione. Ciò è canone di ogni osservazione, anche della microscopica. Mi sia lecito prendere anche qui un esempio da quella scienza giuridica romana che svela tanti segreti a chi minutamente la esamina. Gli istituti giuridici furono maravigliosamente analizzati e rispecchiati in corrispondenti dottrine, per-

(1) Cfr. il mio cit. articolo nell'*Enciclop. giur. ital.*

(2) *Die Verwaltungslehre*, I, pag. 12.

(3) Così anche l'Orlando, loc. cit., pag. 392.

chè vennero appunto sottoposti ad esame in sè e per sè stessi, non come semplici mezzi al conseguimento di un fine, sebbène questo, com'è naturale, abbia efficacia sulla struttura degli istituti. Una delle parti più lodate della giurisprudenza romana è la dottrina delle obbligazioni, che i giureconsulti classici nettamente distinsero da quella dei diritti reali, sebbene esse, nella maggior parte dei casi, conducano in pratica all'acquisto di tali diritti. La dottrina non sarebbe riuscita così perfetta se le obbligazioni fossero rimaste nella semplice considerazione di un mezzo per un fine. Lo stesso si deve dire della dottrina del possesso. Sebbene esso in moltissimi casi sia un semplice stato di fatto tutelato dal diritto in attesa della rivendicazione, e il giudizio possessorio rappresenti la distribuzione delle parti nel petitorio, nulladimeno sì nell'aspetto sostanziale, sì nel procedurale, il possesso fu completamente studiato come istituto a sè; onde la bella dottrina. Giova pertanto osservare, senz'altro esempio, che della stessa completa trattazione abbisognano i singoli istituti del diritto pubblico, gli economici, i finanziari ed infine i sociali, se si vuole farne una completa analisi, e la loro struttura deve presentarsi a noi quale quella di viventi e reali entità che non dipendono dal capriccio di alcuno (§ 13). Il fine dello Stato domina per certo la formazione di tutti gli istituti onde risulta; ma ciascuno di essi ha vita propria e proprie funzioni che singolarmente debbonsi osservare. Nè credo dannosa una moltiplicazione di discipline (senza necessaria corrispondenza a distinti corsi) avendo noi, insieme al vantaggio di approfondire così l'osservazione, l'antidoto contro una temibile disgregazione di materie affini, in quel sentimento

dell'organismo sociale che è omai comune agli studiosi e ci fa anelare ad una sociologia (§ 37), e nelle aspirazioni, da ogni parte convergenti a quell'alta sintesi dei fenomeni umani, cui tende la odierna filosofia scientifica (§ 3). Nè tutte le discipline che già hanno fatto ingresso, o vogliono farlo, nel regno della giurisprudenza, possono pretendere lo stesso grado e lo stesso trattamento. Rigorosamente parlando, pochissime sono le scienze, che corrispondendo ad un preciso fatto osservabile, abbian diritto di esser dette fondamentali. La società civile, come fatto, è idealmente oggetto d'un'unica scienza; ma le partizioni son conseguenza del naturale ordine delle cose e della limitazione del nostro intelletto (cfr. § 3), e già per questo ne è pienamente giustificato l'uso. Mentre poi le tendenze di alcuni cultori della sociologia (quasi eredi dell'avversione della vecchia economia per lo Stato) son tali da condurre a dimenticare che anche esso esiste ed ha una propria struttura, è utile che una *Scienza dell'amministrazione politica* richiami ad un completo e sostanziale esame dei modi coi quali quel grande e naturale istituto vive e si pone in grado di agire.

CAPITOLO VII.

La filosofia del diritto e la sociologia

---

§ 34.

Le tendenze filosofiche nello studio del diritto.

Quando si parla di tendenze filosofiche nello studio del diritto, è necessario distinguere i giuristi da coloro che si professano filosofi.

Gli stessi giuristi hanno sempre, or più or meno, dimostrato un'inclinazione a eccedere la rigida cerchia del diritto positivo in traccia di concetti filosofici che ne sian l'alimento. Io non voglio qui riferirmi a quella trama dialettica, pur di carattere filosofico, che guidò nei varî tempi, consapevolmente o inconsapevolmente, la esposizione dei giuristi. Se ne vede ampia traccia negli stessi giureconsulti classici (1). Nel medio evo poi i legisti adoperano un pesante corredo di strumenti dialettici che si credeva filosoficamente pregevole. La esposizione di Bartolo da Sassoferrato e quella di Tommaso

---

(1) Cfr. Ferrini, *Storia delle fonti del dir. rom.*, pag. 31-22. Ad abuso di distinzioni dialettiche dei giuristi accenna anche Cicero, *De legib.*, II, 19, 47

d'Aquino seguono lo stesso schema. Voglio piuttosto accennare a quei germi di concetti filosofici del diritto che penetrano nei giuristi e sembrano sprazzi di luce irradiata dal di fuori.

Già vedemmo come i giureconsulti romani mostrino idee filosofiche sul diritto e sulla norma giuridica: la stessa loro definizione della giurisprudenza (§ 16) è d'indole filosofica. Ulpiano dice i giuristi (con intento forse polemico) cultori di una vera e non simulata filosofia (1). Una definizione della legge è presa dal filosofo storico Crisippo (2). Tralascio qui altri concetti filosofici dei giureconsulti romani: la *rerum natura*, la *natura hominis*, il *bonum æquum*, ecc. (3). Si osservi poi, il che è interessante per la via che in secoli a noi vicini prese il pensiero filosofico, come già i giureconsulti romani supponessero un diritto della retta ragione, o *ius naturale* per eccellenza, cui talora contradice il diritto di un popolo (4).

Sebbene i legisti medioevali considerassero il diritto romano quale una specie di filosofia, furon troppo intenti al maraviglioso adattamento de' principî di esso alla vita moderna per volgere il pensiero a speculazioni astratte. Quei giuristi eran soprattutto dei pratici, e tali apparivano ai filosofi loro contemporanei (5).

---

(1) « Veram, nisi fallor, non simulatam philosophiam affectantes ». L. 1, § 1, D. *de iust. et iure*, 1, 1.

(2) L. 2, D. *de legib.*, 1, 3.

(3) Cfr. il libro del Moriani. *La filosof. del dir. nel pensiero dei giurec. rom.*

(4) L. 32, D. *de R. I.*, 50, 17. Cfr. Voigt, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I, § 55.

(5) L'Alighieri, *De Monarchia*, II, c. 11, chiama pro-

Una sana corrente filosofica, per lo più trascurata dagli studiosi, passa a traverso i grandi romanisti del secolo XVI: essi mostrano una tendenza ad esaminare filosoficamente il diritto. Così il Connanus (1) stabilisce che base fondamentale di ogni scienza, e perciò anche della giurisprudenza, è l'osservazione; che anzi tutta la scienza è ordinata osservazione della natura. Combatte coloro che sostengono non radicarsi il diritto nel fatto ed essere invece un'opinione, un semplice precetto del legislatore. Sostiene poi che come nell'ordine fisico, così nell'ordine giuridico, la natura è sempre simile a se stessa. Nè la immensa varietà degli istituti offende questo principio, perocchè a formare il diritto dànno opera due forze: la natura e la legge. La parte che vi hanno le leggi è varia, incerta, mutabile secondo le opportunità dei luoghi, dei tempi, anche a cagione degli errori, dei pregiudizi, delle passioni, degli egoismi dominanti (2). Il Cuiacio stesso, sebbene fosse principalmente un interprete dei classici giureconsulti, mostra concetti filosofici sulla norma giuridica, sulla legge, sul diritto, sulla equità, e volentieri ricorre nelle sue lezioni alla filosófia aristotelica (3).

---

suntuosi i giuristi che, trascurando ogni studio speculativo del diritto, vogliono poi parlarne razionalmente: « sileant secundum sensum legis consilium et iudicium exhibere contenti ». Il Petrarca, *Lettere delle cose familiari* (ediz. Fracassetti), lib. XX, lett. 4, lamenta che « la maggior parte dei nostri legisti... stassi contenta ad apparare quello che dei contratti, dei giudizi, dei testamenti nella legge sta scritto ».

(1) *Comment. iur. civ.*, I, c. 1 e 2.

(2) Cfr. i miei *Fasti aurei del dir. rom.*, pag. 144.

(3) Cfr. i miei citati *Fasti*, pag. 39 e seg.

Se paragoniamo le tendenze filosofiche di tali romanisti con quelle dei giuristi della odierna scuola storica (§ 5), troviamo una certa somiglianza e in pari tempo si scorge che le une e le altre ci accostano alla migliore filosofia. Ma indubbiamente la odierna filosofia del diritto, come ramo degli studi della giurisprudenza, è scaturita dal *diritto naturale* fiorito specialmente nel secolo decimottavo. Ed esso pure derivò da una tendenza filosofica sorta e rinvigoritasi in mezzo ai giuristi, che poterono darle solida base nel diritto romano. Già sino dal secolo XVI si voleva considerare il diritto romano come la *ragione scritta*, come un diritto equo, razionale, assoluto (1). Quando poi secondo i desiderî filosofici, che dalla metà del secolo XVII in poi si fecero più vivi, si volle affrancare il pensiero da ogni dispotismo teologico e politico (2), il concetto di un diritto naturale, corrispondente, cioè, alla retta ragione ed uniforme per tutti i popoli, venne sempre meglio determinandosi. I giuristi cresciuti alla scuola del diritto romano, diffuso presso tutti i po-

(1) Il Terrasson, *Hist. de la Jurispr. rom.*, pag. 434 e seg., ricorda una divergenza di opinioni fra M. Pierre Lizet primo presidente del parlamento parigino avvenuta nel 1554 e M. Christophe de Thou che poi ebbe pure quell'ufficio. Il secondo sosteneva che il diritto romano dovevasi usare in Francia come *ragione scritta*. Cfr. i miei *Fasti*, pag. 199 e seg. Anche l'inglese Duck nell'interessante elzeviro *De usu et author. iur. civilis Romanor. in dominiis Princip. Christian.*, Lugd. Batav., 1564, pag. 29, ricorda i giureconsulti francesi del secolo XVI come propugnatori del modo di considerare il diritto romano quale una *ratio scripta*.

(2) Cfr. ora Solari, *La scuola del dir. natur.*, pag. 9 e seg.

poli civili, combinarono questo diritto col preteso diritto naturale, che risultò così in massima parte di una generalizzazione dei principî giuridici romani. Accanto ai tradizionali corsi universitarî di diritto romano si ebbero ora corsi filosofici, dei quali la più recente espressione si ha nella filosofia del diritto. Questa disciplina soggiacque a profonde innovazioni da quel concetto totalmente individualistico che era proprio del diritto naturale. Per la stessa via si prepara oggi a ricevere novelle riforme, ascrivendosi una considerazione, sempre più crescente, al fatto della società civile (§ 30). Mentre tuttavia si può dire che la prima disciplina filosofica del diritto è derivata da una tendenza sorta in mezzo ai giuristi stessi, le più recenti trasformazioni di quella sono propugnate da cultori di scienze, come le sociali, che, sebbene tuttora in parte legate alla giurisprudenza (§ 30), s'ispirano a criterî proprî ed hanno sussidî di gran lunga maggiori di quelli di cui disponevano i cultori del diritto naturale. Invero non trattasi più di speculare o generalizzare principî del diritto romano in traccia di una pretesa ragione scritta. Le indagini abbracciano ogni umana società e discendono volentieri a quelle degli animali inferiori. Lo stesso diritto romano è un anello di un'immensa catena; e la grande legge della evoluzione, cui tutti i fenomeni sembrano sottoposti, vieta il feticismo di nozioni assolute. Facilmente si diffida oggi di ricerche filosofiche: le odierne costruzioni razionali del diritto sono assalite da uno spirito critico quale certo non supponevano i seguaci del diritto naturale e contro cui avrà seriamente da combattere la rinascente metafisica.

§ 35.

Filosofia del diritto e sociologia.

La sociologia è una nuova scienza che senza determinati confini, ma con vaste pretese, sorge minacciosa rimpetto alla filosofia del diritto e tenta cacciarla in bando e impadronirsi della sua cattedra. V'è infatti chi ritiene oggi esser possibile un'unica filosofia del diritto sotto il nome di sociologia (1), che questa sia una nuova appellazione di quella (2). E v'è pure chi, esaminando il contenuto della sociologia, la intende prevalentemente in questo aspetto.

In tale stato di cose, mentre da una parte la grande analisi della odierna scienza conduce più che mai al bisogno di concetti razionali e sintetici, dall'altra si è logicamente condotti ad una nuova determinazione di confini tra la filosofia del diritto

(1) Cfr. per le facoltà giuridiche della Francia già la proposta del Saint-Marc, *Droit et sociologie* (nella *Revue crit. de Législat. et de Jurispr.*, XVII, 1888, pag. 50-64).

(2) Così il Filomusi-Guelfi, *La codificaz. civile e le idee moderne*, ecc., Roma 1887, pag. 25. Pel De Roberty, *La sociologie*, ch. VII, n. 8, lo studio del diritto è compreso in quella parte della sociologia che egli dice dinamica sociale. Lo stesso Ardigò, considerando preminente il fatto sociale della giustizia, sotto il nome di sociologia (*Op. filosof.*, IV) fa un trattato di filosofia del diritto. Ma egli non intese di voler con ciò escludere altri e più vasti sensi della parola sociologia. Cfr. la sua lettera in Groppali, *Saggi di sociol.*, Milano 1899, pag. 101. Un recente lodato saggio di filosofia del diritto da questo nuovo aspetto è quello del Nardi-Greco, *Sociolog. giur.*, con prefaz. dei prof. Asturaro, Torino 1907.

e la sociologia (1). Ripeto che è necessario guardarci da un dannoso scetticismo, poichè i molteplici tentativi per salire ad un sistema generale delle scienze (cui fanno da gradini le particolari discipline in ogni ramo dello scibile) sono antichi quanto il pensiero umano che muove alla ricerca del vero. L'immobilità delle classificazioni rappresenta sovente un letargo del pensiero: la *summa* o enciclopedia medioevale non può omai appagarci. Noi non crediamo più ad un sistema, soltanto perchè tradizionale e confortato da grandi autorità; ma, avendo fiducia nella osservazione nostra, la colleghiamo tuttedì a quella di coloro che ci precedettero o l'adoperano contemporaneamente a noi. In questo stesso carattere fondamentale dell'odierno metodo sta la causa dei tentativi di nuove partizioni e sistemazioni delle scienze.

§ 36.

La filosofia del diritto.

Questa disciplina (2) si propone una considerazione filosofica del diritto ed una razionale spiegazione degli istituti giuridici non come schemi astratti; ma come parte della realtà stessa e soggetti alla legge

---

(1) Cfr. il Vanni nei suoi libri: *Prime linee di un progr. critico di sociologia* (Perugia 1888); *Il problema della filosof. del dir. nella filosof., nella scienza e nella vita ai tempi nostri* (Verona 1890); Anzilotti, *La filosof. del dir. e la sociol.* (Firenze 1892); Carle, *La filosof. del dir.*, I, pag. 18 e seg.

(2) Intesa anch'essa in vario modo. È utile perciò conoscere le sorti della filosofia del diritto anche fuori d'Italia. Si ricordino gli studî del Bianco, *Filosof. del dir*

universale che domina tutti quanti i fenomeni osservabili. È perciò del tutto antiscientifica la posizione del corso di filosofia del diritto all'esordio degli studî della giurisprudenza. Così si costringe l'insegnante a vuote generalità che hanno tutta l'apparenza di vecchie astratte categorie, o si induce a minute dimostrazioni analitiche a cui i novizî sono impre-

---

in Germ., Salerno 1893; del Laviosa, *Filosof. del dir. in Inghil.*, Torino 1897; del Petrone, *La fase recentiss. della filos. del dir. in Germ.*, Pisa 1895 (cfr. la bella polemica a cui questo libro spinse il Vanni, *Riv. ital. p. le sc. giur.*, XXII, pag. 77-95). Se Adolfo Merkel sin dal 1874 potè elevare in Germania a scienza a sè (« allgemeine Rechtslehre ») la parte generale della giurisprudenza (cfr. sopra pag. 154), hanno avuto torto di entusiasmarsene troppo alcuni fra noi pure, poichè il disegno di lui, che anzitutto era un filosofo del diritto, alimentò la fallace idea potessero i giuristi con questa nuova dottrina fare a meno della filosofia del diritto, come bene osserva J. Stern, *Rechtsphil. und Rechtswiss.*, Berlin 1904, pag. 40 e seg. Presso di noi si sono riaccese belle dispute tra i giovani cultori della filosofia del diritto. Il Ravà, *I comp. della filosof. del dir.*, Roma 1907, s'inspira ad un idealismo critico e cerca l'idea pura *a priori* della giustizia razionale. Il Del Vecchio cerca e determina la forma logica del diritto, la quale sarebbe appunto presupposta come stabile tuttavolta che si ammetta la mutabilità del contenuto. Così si torna, come sembra, al diritto naturale formale kantiano (Cfr. Landsberg, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.*, II, pag. 509) e contro il Del Vecchio, Levi, *Una concez. form. della filosof. del dir.* (*Rivista di filos.* del Marchesini, a. VII, v. II (1905, pag. 770-787). *La rinn. metafis. del dir.*, ivi, a. IX, v. I, pag. 48-82). Anche B. Croce (*La critica*, III, 1905, pagina 146 e seg., pag. 516; V, 1907 pag. 277) propugna una filosofia del diritto che determini la « forma filosofica del diritto che è insieme contenuto ».

parati sì da non poterle utilmente seguire. Gran parte di queste dimostrazioni è fornita invece gradualmente e naturalmente dai singoli corsi della giurisprudenza, di cui la filosofia del diritto deve essere un coronamento. L'esposizione critica dei sistemi di questa scienza per spiegare il diritto, la società civile, lo Stato appare per lo più ai novizi come un uggioso succedersi di giuochi di fantasia dei varî filosofi, nè, ancora educati a ravvisare nelle idee ad ora ad ora dominanti un prodotto naturale dei tempi in cui sorsero, le suppongono indipendenti da ogni storica contingenza.

Nè si obbietti che la filosofia del diritto deve proporsi, secondo alcuni, l'analisi del fatto della conoscenza nell'orbita particolare dei nostri studî: il che equivale ad una critica del metodo o di quella «ragione storica» come dice il Dilthey (1), che è da aggiungere alla ragione pratica del Kant, ed analizza e disciplina i procedimenti con cui l'uomo conosce sè stesso, la società e la storia da lui derivate. Con ciò si potrebbe credere che necessariamente la filosofia del diritto avesse la sua logica sede sul limitare degli studî della giurisprudenza. Ma del metodo, il cui studio spetta propriamente alla filosofia (§ 1), si hanno pur da occupare le sin-

(1) *Einleitung in die Geisteswissensch.*, ecc., pag. 145. Del problema della conoscenza tornano a impossessarsi ora i filosofi del diritto avversi al positivismo, e noi dobbiamo udirli senza pregiudizio di scuola. Cfr. Pagano, *La teoria della conosc. e le sue attinenze con lo studio della soc.*, nella *Riv. it. di sociol.*, XI, 1907, pag. 227-253. Invece il Dallari, *L'esig. del positiv. crit. per lo studio del dir.* (*Studi sen.*, XIX, 1903, pag. 308 e seg.) scioglie un inno al positivismo critico.

gole discipline in cui la giurisprudenza si divide, e quel tanto che basta agli inizî dello studio di questa è insegnato in modo generale dalla *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, che, meglio ordinata, dovrebbe estendersi anche ad un'elementare esposizione del metodo statistico, come strumento della induzione (§§ 4, 32 *a*). D'altra parte nelle stesse scuole secondarie la tradizionale logica dovrebbe rinnovarsi in modo da rendersi atta ai bisogni dell'odierna filosofia scientifica. Nè infine, restituita ovunque la filosofia del diritto al suo ufficio di coronamento degli studî giuridici, non ne conseguirebbe perciò che essa non si potesse riproporre, sotto un aspetto più elevato, il problema del metodo coordinando qui pure e spiegando completamente tutte le operazioni logiche cui lo studente fu abituato nei singoli corsi della giurisprudenza. Invero la università come si dice comunemente, deve insegnare i metodi di studio, nè può certo pretendere di esaurire il programma di ogni scienza. Ora quell'arte didattica, che troppo sovente nell'università si trascura, ci suggerisce che meglio si fa comprendere l'odierno metodo di studio delle scienze giuridiche e sociali invitando il giovane a riflettere sui modi concreti e i processi logici delle singole ricerche, con cui si è reso familiare, sotto la guida dell'insegnante, che intrattenendolo già sui primordi dei suoi studî con un lungo ragionamento astratto intorno al metodo. Chi ignora che dallo studio del diritto romano, per la evidente evoluzione degli istituti, i giuristi attinsero, quasi inconsciamente, il concetto dinamico del diritto? E chi può negare che anche i nostri maggiori storici, dalla stessa esposizione ed analisi dei fatti furon condotti ad un esame delle cause di questi e dei loro prossimi e

remoti effetti? E il tecnicismo giuridico (§ 13) non si impara con la esegesi dei frammenti del Digesto meglio che riducendolo a canoni astratti? Lo studente nei corsi della giurisprudenza ha occasione di vedere esattamente attuato nei suoi diversi aspetti un metodo di ricerca, su cui è quasi concordanza di opinioni. Non può non avere acquistato così un complesso di abitudini mentali che già gli dovrebbero apparire coordinate per quel tanto che apprese nella *Introduzione enciclopedica*. Tuttavia e la minuta analisi delle singole scienze e la generalità stessa dell'insegnamento ricevuto in quel primo corso elementare fanno sì che non di rado al chiudersi degli studî della giurisprudenza lo studente non si è reso ragione del metodo che ha veduto in azione; le singole ricerche turbinano disgregate nel suo intelletto, quasi che, ad esempio, fra l'induzione statistica e il metodo seguito nei corsi storici non intercedesse alcun legame. Onde sommamente utile un corso finale di filosofia del diritto, che facendo tesoro di tutte le particolari cognizioni metodiche del giovane, le coordini per una fruttuosa critica del metodo stesso.

La filosofia del diritto, come filosofia che entra nella classe delle particolari, non può aver la sua sede che a sommo degli studî della giurisprudenza (1). Essa è una sintesi di un certo ordine di fenomeni, la quale unisccesi a tutte le altre particolari sintesi per costruire quella vastissima e generale che è compito della filosofia scientifica. Anzi la nostra fi-

---

(1) Ben dice il Carle, *La filosof. del dir.*, I, pag. 492 e seg. che la filosofia del diritto dev'esser collocata nel cuore e nel centro delle scienze sociali: intendi nel più ampio senso (§ 30).

losofia del diritto potrebbe raffigurarsi nel quadro di un'ideale facoltà filosofica, purchè vi si renda possibile questa combinazione della filosofia col diritto. Come può esser intanto compiuta una sintesi dei fenomeni giuridici, se essi non caddero prima sotto l'osservazione dello studente nei vari corsi della giurisprudenza? Io parlo, com'è naturale, della posizione didatticamente più logica del corso di filosofia del diritto; nè ha qui importanza alcuna che quell'ascensione dal particolare al generale siasi già operata nella mente dello insegnante, qualunque sia la sede del corso.

La filosofia del diritto suppone neccessariamente che si ritenga il diritto non un puro sentimento di rispetto della legge o un'arbitraria norma dei reggitori degli Stati, ma una « realtà fenomenica » (1) di cui s'indaga la genesi, lo svolgimento, la funzione sociale. Il diritto fuori della società civile o in antitesi a questa è concetto tramontato. Gl'istituti giuridici del diritto pubblico e privato appaiono così come forme o manifestazioni reali della coscienza etico-giuridica umana sempre ascendente, fra molteplici contrasti di opposti interessi, verso più alte idealità sociali che si fanno a poco a poco patrimonio collettivo (2). Fu creduto che fosse impossibile una filosofia del diritto senz'ammettere l'identità fondamentale di quella coscienza fra le di-

(1) La frase è anche del Vanni, *Il probl. della filosof.*, pag. 36.

(2) A queste idealità sociali richiama egregiamente l'Ardigò, *La psicologia positiva e i problemi della filosofia*, pag. 216 e seg. (*Op. filos.*, I). *La morale dei positivisti*, pag. 143 e seg. (*Op. filos.*, III). *Sociologia*, pag, 132, e pag. 228 e seg. (*Op. filos.*, IV).

verse razze umane sul nostro pianeta (1). Ma questa identità si ha piuttosto nei singoli gradi di civiltà a cui la stirpi durature salgono progressivamente; dove a me par di scorgere il lato divino dell'umana coscienza. Esporre questa progressione è proprio della filosofia del diritto, che insieme deve presentare l'odierno aspetto degli istituti giuridici come una fase che alla sua volta può esser sorpassata e migliorata. Non vorrei infatti che fosse una pura scienza contemplativa; ma scendendo anche a particolari, che forse a primo aspetto ripugnano a quell'alta speculazione di cui si compiace il filosofo, dovunque penetrasse con pratici intendimenti (2). Così può addentrarsi appunto con legittimo dominio, in quell'analisi del diritto in forma-

(1) Schiattarella, *Note e probl. di filosof. contempor.*, pag. 490-491.

(2) Io additava tale tendenza in una recensione (*Arch. giur.*, XXXVIII, pag. 296-97) della prelezione del Rava, *La filosof. del dir. nel pensiero ital.*, Siena 1887, e ricordo che tale carattere avevano le lezioni del professor Gabba, da me udite all'Università di Pisa. Cfr. Vanni, *La funz. prat. della filosof. del dir. cons. in sè e in rapporto al social.*, Bologna 1894, *Lez. di filosof. del dir.*, pag. 16 e seg.; Pagano, *La funz. prat. della filosof. del dir.* (*Riv. ital. di soc.* X, 1906, pag. 206, e seg.). *Saggio di una concez. real. ed et. del dir.* (*Arch. giur.*, 3.ª S. VI, 1906, pag. 368). D'altro avviso è il Fragapane, *Oggetto e lim. della filosof. del dir.*, II, pag. 117 e seg., il cui acuto pensiero, interpretato dal Falchi, *L'opera di Icil. Vanni*, pag. 170 e seg., è che la filosofia del diritto non può appropriarsi un compito pratico senza disconoscere l'esistenza della sociologia e il concetto unitario dei fenomeni sociali che ne forma la base.

zione (§ 15), di cui già lo studente più volte ebbe sentore negli speciali corsi. Quante opposizioni, più o meno aperte, essa avrà agio di svelare così fra la coscienza popolare e la coscienza dei giuristi, mentre questa credesi sempre rappresentante di quella con un pregiudizio (che pur fu utile) derivato dalla scuola storica!

Nè per tale via la filosofia del diritto confondesi con la storia del diritto, procedendo la prima a fissare caratteri generali e momenti tipici dello svolgimento degli istituti, analizzando la seconda i più minuti fatti e preparando la maggiore abbondanza di notizie, che per quanto ordinate, attendono ancora un definitivo collegamento dalla prima. Diversamente è violata l'utile legge della divisione del lavoro, ed è necessario supporre in un singolo scienziato le più disparate attitudini. Così il filosofo del diritto anzichè speculare, seguendo quasi un'ideale rivelazione, deve attingere a tutte le scienze che studiano l'uomo e la società; l'antropologia, l'etnologia, la psicologia (1), la storia della civiltà e del diritto, che ne è un lato, la giurisprudenza comparata e etnologica (§ 29) gli forniscono i necessari materiali di studio. Si vede così quanto a torto i filosofi del diritto si apparterebbero da queste discipline e come a torto dispregierebbero minute ricerche storiche, quasi che *a priori* si potessero giudicare senza

(1) Cfr. Carle, *La filosof. del dir.*, pag. 63 e seg. e ora Bonucci, *L'orientaz. psicolog. dell'etica e della filosof. del dir.*, Perugia 1907. L'autore esamina completamente il valore di quest'« orientazione » ed ha, secondo me, il merito di abbracciare anche quelle parti che si vollero confinare in una oscillante teoria generale del diritto.

alcun valore! Niuno di essi vuol per certo rinunciare ad una determinazione del concetto del diritto nelle primitive civiltà, in Oriente, in Grecia, in Roma nell'età moderna; ma queste generali considerazioni, sovente riprodotte nei manuali e trasmesse senza critica da l'uno all'altro, non possono avere carattere scientifico se non scaturite dalla più completa analisi storica.

Giudicata così la filosofia del diritto, essa mostrasi disciplina di massima importanza nel circolo della giurisprudenza: è l'anima anzi di tutti i suoi rami. Chi la nega come disciplina a sè, non di rado è spinto a negarla dal timore che si tolga a lui ciò che gli è omai necessario (cfr. §§ 13, 17). Nè essa confondesi in alcuna guisa con la sociologia.

§ 37.

La sociologia.

Certamente una distinzione della filosofia del diritto dalla sociologia presuppone che si ascriva a questa uno speciale contenuto. Ma determinarlo è difficile nella odierna molteplicità e disparità di opinioni intorno ad una recente disciplina che già pel suo nome è poco precisa. Etimologicamente indicherebbe un discorso intorno alla società o esame di questo fatto. Invero la sociologia (che già sommi ingegni antichi e moderni avevano intuito) ci deriva dalla filosofia positiva, e sorse come ricerca e spiegazione positiva dei fenomeni sociali, avendo il nobile intento di condurre sotto la osservazione anche il fatto della società, e spezzare l'errore che la compagine sociale fosse un frutto totalmente

arbitrario dell' individuo e sfuggisse quindi alle leggi della realtà fenomenica (1).

Della connessione organica di tutti i fenomeni sociali, e perciò anche del diritto, noi abbiamo accennato l'efficacia in tutti i rami della giurisprudenza (§ 17); nè per certo la filosofia del diritto si può sottrarre a questa fondamentale idea. Non ha anzi che da perseverare nel cammino, per cui da individuale diritto naturale si è fatta una sintesi di fenomeni giuridici (§ 36), non fluttuanti, come nebulosa, nel regno fallace delle speculazioni, ma osservabili nel concreto ordine sociale, da cui rampollano e ricevono forma ed alimento.

Non è opportuno diffondersi sui diversi modi di intendere la sociologia (2). Ciò non sarebbe neppure

---

(1) Comte, *Cours de philos. posit.*, Lec. 1, 2, 46-49. Cfr. Rignano, *La sociol. nel corso di filos. pos. di A. Comte*, Palermo, Sandron. Sulla fortuna della parola *sociologia* cfr. Brandford, *On the orig. and use of word «Sociology»* in *The Americ. journ. of Sociology*, IX, N. 2. Il Mill fin dal 1836 nel *Saggio sulla def. e sul met. dell'econ. soc.* aveva parlato di filosofia sociale, di scienza sociale, ecc.; ma poi nella *Logica* accettò la parola *Sociologia* che il Comte inventò nel 1839. Lo Spencer dal 1870 in poi la rese d'uso comune.

(2) Vedine un'enumerazione nel Vanni, *Prime linee di un progr.*, pag. 20-21. Della sociologia, del suo oggetto, delle sue relazioni molto si è discusso e si discute. Una buona guida per addentrarsi in queste belle discussioni ci è offerta fra noi dai volumi tutti quanti della pregevolissima *Rivista ital. di sociologia*, ove il Miceli pur trattò della sociologia come oggetto d'insegnamento. Dotte discussioni sul nostro argomento ebbero luogo anche nella R. Accademia di scienze morali e politiche di Napoli e vi parteciparono il Masci, il Chiappelli, il Petrone. Cfr. il tomo XXXVI degli *Atti* di quell'Accademia. Per le di-

utile in un libro elementare, che serve di prefazione all'odierna giurisprudenza. Diremo soltanto che se ogni disciplina morale non può in alcuna guisa trascurare il fatto della umana società, qual mezzo entro cui sorgono i diversi ordini di fenomeni, è superfluo parlare, con un inutile neologismo, di una sociologia economica, di una sociologia giuridica, di una sociologia politica, di una sociologia criminale, ecc. Nè ci sembra rispondere all'odierno stato del sapere e ai procedimenti con cui si forma il fondere tutte le discipline sociali in una mostruosa ed assorbente scienza detta sociologia. O sarebbe un complesso di generalità mascherate da abuso di paragoni con gli organismi fisici, come talora è accaduto, o un'osservazione cadente in campo così vasto che per necessità i singoli ordini di osservazioni parziali costituirebbero altrettanti capitoli autonomi sebben legati in un generale sistema. Così per altra via risorgerebbero le speciali discipline.

Non mancano nell'odierna letteratura giuste opinioni che possiamo additare come faro cui dirigere

---

scussioni fra il Durkheim e il Tarde cfr. *Revue intern. de sociolog.*, XII (1904), pag. 83-87. Nè si dimentichi la pubblicazione della società sociologica inglese *Sociolog. Papers by Fr. Galton, E. Westermark* ecc. *with an introd. adress by James Bryce*, London 1905. Ivi a pag. 254 è notevole il confronto del Worms tra l'ufficio della sociologia nell'ordine dei fatti sociali e quello della biologia e della cosmologia in altro ordine di fatti. Un buono e preciso quadro delle odierne condizioni della sociologia è ora quello dello Squillace, *Le dottrine sociologiche*, Roma 1902. Sulla concezione formale della sociologia secondo il Simmel cfr. lo Zoccoli, nella *Riv. di filos.* del Marchesini, a. IX, v. I, 1907, pag. 196-215.

il nostro intelletto. Lo Schaeffle (1) non crede che lo studio degli svariati istituti sociali possa approdare ad una scienza sola, nè vuole che sia abbandonata l'odierna divisione del lavoro scientifico. Ed il sovrano intelletto del Mill, nella sua classica *Logica* (2), ben dimostrò che il consenso universale dei fenomeni sociali non impedisce che ciascuno di essi immediatamente derivi da cause sue proprie; quindi non solo è opportuno ma necessario che siano oggetto di separato studio. La sociologia dovrebbe determinare poi le cause dello stato generale della società risultante dalla simultanea coesistenza di tutti quei fenomeni. Tra noi si fece già autorevole sostenitore di tali saggie idee il Vanni (3) il quale lucidamente spiegava la cor-

(1) *Vita e organ. del corpo sociale*, III, 3.

(2) Lib. VI, cap. 9, § 3.

(3) Op. cit., cap. III. Queste idee non sono antiquate: anzi sembrano predominare nelle recenti discussioni. Molto chiaramente, per tacere di altri, dice il Bernes (*Sociological Papers* cit., pag. 219) che la sociologia generale può esser definita « as a Philosophy of the social sciences, and that its function is to determine and make clear the point of view appropriate to each of these sciences ». Per l'autonomia delle scienze sociali rimpetto alla sociologia cfr. Falchi, *L'opera d'Ic. Vanni*, pag. 139 e seg.; Ravà, *La classif. delle sc. soc.*, pag. 160; Levi, *Per un progr. di filosof. del dir.*, pag. 33 seg. Sulle relazioni fra la sociologia e l'economia sociale ammessa come scienza distinta v. Messedaglia, *L'econ. polit. in relaz. colla sociol.*, Roma 1891; Loria, *Le basi econom.*, pag. 470 seg. Altre vive discussioni risguardano la relazione fra sociologia e statistica (Cfr. pag. 352, n. 1). La questione può esser tolta di mezzo se accettando l'ardita tesi specialmente propugnata dal Contento, *La statist. nell'insegn. univers.* (*Giorn. degli econom.*. maggio e settembre 1903 questa si riduca a un puro metodo di carattere generale.

rispondenza di quel duplice ordine di scienze (le singole discipline sociali e la sociologia) alla realtà obiettiva dei fatti. « Questo insieme che si chiama convivenza, dirò con le parole del Vanni (1), da una parte lo vediamo scindersi, specializzarsi, spiegarsi in una grande ricchezza di fenomeni, ciascuno dei quali ha condizioni e note caratteristiche, si muove dentro un àmbito circoscritto, offre un punto di vista proprio per essere considerato e vuol essere in parte spiegato con cause sue proprie. D'altra parte per un momento che penetriamo nei più reconditi processi di questa vita collettiva, osserviamo la colleganza di quei fenomeni, i loro reciproci influssi, la dipendenza dell'uno dall'altro, in modo che si debbano ricondurre ad un insieme di cause comuni, ad uno stato generale della società, nel quale si raccolgono, si fondono, si unificano. Alla sua volta questo stato generale della società trova la sua ragione di essere in un altro che lo ha preceduto e determinato ». Onde a corona delle scienze autonome che studiano le varie formazioni sociali siede una scienza che proponesi una spiegazione unitaria della struttura e delle funzioni dell'umana società e la determinazione delle sue leggi statiche e dinamiche: sintesi e scienza direttrice delle particolari discipline. La filosofia del diritto reca pertanto alla sociologia il frutto della sua razionale spiegazione e determinazione dei fenomeni giuridici: ma essa non è che una delle singole scienze della vita sociale, i cui risultati multiformi la sintetica dottrina sociologica dee coordinare.

E quando anche in avvenire possa accadere che la sociologia, come unica scienza della società, ri-

(1) Op. cit., pag. 25.

duca a semplici capitoli suoi le odierne discipline volte allo studio di diversi fenomeni sociali, è necessario conservare la presente divisione. Infatti quella suprema sintesi sociologica, malgrado pregevoli tentativi, è ancora un'ardita aspirazione senza un definitivo programma (1), la quale se può convertirsi in realtà, ciò sarà possibile soltanto mediante il lavoro analitico e sintetico delle esistenti discipline sociali, cordinato al fine di rispecchiare in un logico sistema quel reale intreccio di fatti sociali che è il più difficile ad essere completamente osservato. La realtà osservabile sfugge qui per mille guise all'occhio dello studioso: fatti sociali, istituti, tendenze, sentimenti, bisogni economici, diritto legale e diritto in formazione, odî e pregiudizî di classe, filantropia larvata, religioni, sacrifizî immoralità, criminalità; tutto insomma si agita perennemente entro le fibre dell'organismo sociale e tende a scomporne le linee, che per un momento credevamo di aver fissato. Par quasi metafisica la distinzione fra statica e dinamica sociale. A ciò si aggiunge la difficoltà di conoscere tutto l'uomo (bisognerebbe essere anche padroni della fisiologia

(1) Quando pertanto il Saint-Marc, l. c., pag. 58, nota 1, fa rientrare (assai forzatamente) tutte le materie giuridiche nel piano della sociologia proposto dal De Roberty, si può opporre che questa non è altro che un'opinion individuale per quanto autorevole. Tutto il fatto della società umana non si riassume in un fenomeno giuridico. Ben ne sembra persuaso il Letourneau che parla di vita nutritiva, sensitiva, sociale (fenomeni giuridici), affettiva, intellettuale della società. La sociologia è oggi appunto tutta intenta a determinare le varie specie di fenomeni sociali. Cfr. Asturaro, *La sociol. i suoi met.* etc., I, 2.ª ed., Genova 1907, pag. 234 e seg. Un saggio in forma facile ne offre il Groppali, *Elem. di sociol.*, Genova 1905, pagina 121 e seg.

dell'antropologia, ecc.), e la stessa imperfezione e impressionabilità dello strumento di osservazione: la ragione nostra, che esorbita spesso dalle regole logiche, s'ispira talora a pregiudizi, perde facilmente la necessaria imparzialità; tende a considerare come prevalente e decisivo un solo dei molteplici aspetti dei fenomeni sociali.

Si suol dire che, paragonando lo stato antico delle discipline morali con l'odierno, non è sì grande, come credevasi, il progresso di queste. È anche vero che talora noi giuristi per la tradizionale abitudine di concetti precisi e ben determinati, quali quelli dei rapporti ed istituti giuridici, siamo poco lodevolmente tratti a scorgere di là dalla rigida cerchia giuridica un cozzar di opinioni e di aeree costruzioni tuttodì ruinanti per dar luogo ad altre. Ma sia qual vogliasi il giudizio del merito reale delle odierne scienze morali e sociali, è certo che in niun tempo, come ai dì nostri, erasi avuta coscienza della realtà dei fenomeni sociali e del legame fra essi indissolubile. L'idea di una sociologia ha scosso, già l'abbiamo veduto, tutte le tradizionali partizioni della giurisprudenza. E come dalle astrazioni della vecchia politica derivarono le carte costituzionali, dalla convinzione del vincolo sociale scaturiscono conseguenze non pure teoriche, ma di alto interesse pratico. Se anche fosse un'illusione intellettuale, resterebbe utile qual fede scientifica che, fra tante ruine, ci domina ancora in quest'età di dubbi. A me sembra infatti che se il sentimento scrisse la parola fratellanza a simbolo del legame morale di tutti gl'individui, la sociologia si accinga a convertirlo nella formola scientifica del consenso di tutti gli organi sociali, che condanna ogni lotta di classe, come ogni lotta di popoli degni di questo nome.

CAPITOLO VIII.

Il diritto codificato

---

§ 38.

Due tendenze opposte del diritto.

Chi considera le vicende del diritto, vuoi attuato o formato vuoi in formazione (§ 15) nelle umane società, trova che questi due aspetti di esso rappresentano insieme, specialmente nell'età moderna, due opposte tendenze in cozzo continuo. Il diritto quale regola di certe relazioni, sia pensiero di pochi dotti, sia già convinzione di moltitudini si afferma idealmente come un *dover essere;* la regola ideale vuol farsi precetto (§ 14). Quando questo è pienamente formato con la sanzione del potere, la tendenza che spingeva a desiderare la legge come supremo riconoscimento di quella regola sembra appagata. Ma ben tosto la stessa tendenza, cozzando contro la legge, pare una tendenza del tutto opposta. La psiche umana si accorge subito che il suo piano ideale del diritto non fu tutto quanto attuato e coi residui di esso si formano le prime linee di un nuovo piano attuabile, che attraverso le lotte sociali, sotto lo stimolo dei bisogni, fra le vigilie del dolore matura la ruina di leggi prima

tanto invocate. Ed è ruina che prepara altre leggi, termine nuovo di antitesi a futuro diritto ideale.

Così da eguale bisogno della psiche umana sgorgano le cause della nascita e della morte dei codici di leggi (§ 39); più di frequente si pongono in luce quelle che li scalzano e li fanno cadere, eppure sostanzialmente son le medesime da cui i codici ebbero vita.

§ 39.

Come nascono e muoiono i codici.

Un codice di leggi è un ordinato repertorio di regole con cui decidere tutti i casi nei tribunali: ad ogni ramo del diritto (§§ 19, 22) possono corrispondere perciò uno o più codici opportunamente divisi. Se il codice è anzitutto il libro dell'avvocato e del giudice si vorrebbe pur che fosse il libro del cittadino che, nel nostro ordinamento giuridico (1), non può ignorare la legge.

La storia presenta due specie di codici. Alcun furon largiti o imposti dai reggitori dei popoli, i quali non di rado si vantarono, per renderli più accetti, inspirati dai numi. Altri furon voluti dai popoli, e per desiderio di popoli, interpreti i loro governanti, sorsero quasi tutti i moderni codici. Tanto i codici della prima, come quelli della seconda specie furono effetto della grande illusione di poter dare un ordine perpetuo e immutabile alle relazioni degli uomini fra loro nella

---

(1) Cfr. le mie *Istit. di dir. civ. ital.*, § 24, pag. 194-195.

civil società. Anche quest'illusione popolare è un fatto sociale i dotti cooperarono a farla sorgere; il popolo li precedette spesso col sentimento e li comprese poi facilmente quando gli esposero il sentimento convertito in dottrina.

Molte e svariate sono le cause che spingono i popoli a desiderare codici e leggi, ma tutte non si affacciano ad essi d'un tratto in figura distinta.

Sì in antico, sì nei tempi moderni il popolo ebbe timore dell'incertezza del diritto. Nelle memorie della gente nostra vivono tuttora le antiche lotte de' plebei di Roma per sostituire allo *ius incertum* leggi eguali pei sommi come per gl'infimi. E gli uomini del Comune italiano che debellarono i castellani e li costrinsero ad abitar dentro le mura della città niente altro vollero coi loro statuti. Lo statuto è il codice del Comune, ma qual diritto particolare e incompleto fu vinto dal diritto romano o diritto generale, che gl'Italiani sempre custodirono come *lex omnium generalis* e fu accolto poi da tutti i popoli d'Europa. A quella guisa che alla dottrina del diritto dava unità il *Corpus iuris* (§ 2), altrettanta ne attendeva da esso la pratica, la quale seguivano qual codice per eccellenza. Ma tutti i casi, in specie quelli derivati dalle moderne condizioni sociali, non erano decisi nel *Corpus iuris:* onde crebbero attorno e sopra di esso, sino a sopraffarlo, le teoriche delle innumerevoli schiere d'interpreti ed, affidate a biblioteche di ponderosi volumi, generarono opinioni comuni, più comuni, comunissime.

Il popolo si spaventava di questa nuova incertezza del diritto il qual nel suo complicato ingranaggio di regole, di broccardi, di teoriche, pareva agli occhi delle moltitudini divenuto una ma-

gia (1). Fra il diritto del popolo e il diritto dei giuristi non vi era più che un'artifiziosa relazione. Il profano che entrava (poniamo pur nel settecento) in uno studio d'un giureconsulto e vedeva le pareti coperte di scaffali, su cui si allineavano, severi e uniformi, i grossi e alti volumi, inorridiva pensando: in qual mai pagina sarà chiusa la regola buona per il mio caso? Eguale spavento incombeva sull'animo di chi si appressava al tribunale. I giudici criminali avevan sempre a portata di mano la tortura per il corpo degl'imputati; i giudici civili avevan sempre pronta la macchina del processo civile, lenta tortura dei patrimonî.

Infatti mancando brevi articoli di codici, quasi compendio di ampie dottrine, dovevano gli avvocati cercarle nella selva selvaggia di quei volumi di dottori e di decisioni. Un'allegazione forense diveniva anch'essa volume; il giudice coscienzioso che avesse voluto verificar le citazioni e muoversi con avvedutezza nella tela di ragno delle distinzioni e suddistinzioni scriveva una sentenza che era un altro volume. Onde una pesante e rugginosa macchina della giustizia non messa mai in moto senza gravi spese. Contro gli uomini di legge, già nobili sin dal fiorire degli antichi studî, poi arricchiti con i consulti e il patrocinio nelle liti, scagliava frizzi il popolo, i quali in sostanza eran diretti contro lo stato della giurisprudenza.

È ben vero che i legali riuscirono, in Toscana a mezzo il corso del secolo decimottavo, a impedire la formazione di un codice che con la sua sempli-

(1) Si legga la viva pittura del Muratori, *Dei difetti della giurisprud.*, libro pieno di arguzia e di sapienza che egli dedicò a Benedetto XIV.

cità avrebbe ridotti i loro guadagni (1). Ma è ingiusto dimenticare che uomini di legge furon qua e là il primo nucleo dell'operosa borghesia, svelarono le piaghe della giurisprudenza, propugnarono rimedî. Sino del secolo decimosesto esprimevano alcuni giureconsulti il desiderio che si desse mano ad un migliore ordinamento del *Corpus iuris*, codice comune; poi si vollero anche raccogliere in un corpo, dallo sterminato numero delle opere legali, le dottrine più sicure (2), a quella guisa che avevan fatto nei secoli di mezzo in Germania i compilatori dello Specchio sassone e svevo e che fanno oggi per loro sola autorità i dotti compilatori di codici di diritto internazionale. Nè mancarono proposte di codici del tipo nostro (3).

Ma l'idea della codificazione, cioè della fissazione del diritto in brevi e facili regole, non trionfò che nel secolo decimottavo (4). I popoli illuminati

(1) Cfr. Zobi, *Storia civ. della Toscana*, Firenze 1850, I, pag. 264. L'incarico era stato affidato al dotto giureconsulto Neri Badia già con editto del 1745; ma per l'opposizione dei curiali non gli fu possibile che preparare qualche legge speciale, come appunto quella sulla restrizione del fedecommesso di famiglia a quattro generazioni.

(2) Cfr. la *Conclus. dell'opera* nel cit. libro del Muratori e sul disegno di altri Forti, *Istit. civ.*, I, pag. 532 e seg.

(3) Il Leibnitz voleva un codice, breve, chiaro, equo formato con le leggi romane, con le leggi nazionali, con la giurisprudenza. Landsberg, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.*, III, 1, pag. 28.

(4) In Piemonte si ebbe sino dal 1723 la codificazione di Vittorio Amedeo II, modificata nel 1729; nelle Due Sicilie Carlo III voleva nel 1741 ridurre in un sol codice le leggi dello Stato: non vi riuscì. Così andò a vuoto

da uomini di grande intelletto e di gran cuore anelavano ad una riforma totale del regime politico. I filosofi dicevano loro doversi prendere omai ogni ispirazione dalla retta ragione e chiamavano stato di natura e diritto naturale (§ 2) ogni miglior condizione sociale ed ogni più semplice ed equo principio che si opponesse alla triste realtà delle cose. Tutto assumeva per quei dotti aspetto filosofico; lunghe ed astruse dottrine eran compendiate in brevi formole ed affidate a facili libretti di divulgazione, stampati con frequenza pur fra noi. Ed ecco il catechismo o piccolo codice dei diritti dell'uomo e del cittadino, che dapprima ci compare nei *bills of rights* degli Stati dell'America del nord, poi nella *Déclaration* francese (1). Pareva così che la *lex legum* dei diritti inalienabili dell'uomo e del cittadino fosse divenuta inviolabile perchè codificata.

Dalla stessa illusione, alimentata dai filosofi, scaturì l'idea di un codice civile che dovesse sostituirsi qual diritto della retta ragione al gius romano chiamato ormai « peste della società civile » (2). Quel codice

---

il disegno dei granduchi di Toscana; a Modena il codice fu promulgato da Francesco III nel 1771.

(1) Cfr. sopra pag. 23, n. 2 e pag. 84.

(2) Così, ad esempio, è detto dal cittadino D. P., *Il filosofo legislat.*; stampato a Venezia nel 1797: nel proclama del Direttorio del dipartimento del Reno del 28 novembre 1797 si ricordano con grande dispregio le « leggi dell'imbecille Giustiniano » e si promette ai bolognesi quel codice nuovo di sana pianta che pure in Lomdardia, e si può dire in tutta Italia, era desiderato (cfr. Del Giudice, *Il centen. del cod. Napol. a Mil.*, nei *Rendic. dell'Ist. lomb.*, 1907). Sul desiderio dei rivoluzionari francesi di avere un codice redatto da filosofi cfr. le mie *Istituz. di dir. civ. ital.*, § 2 e.

Napoleone che doveva correre ben presto trionfalmente per ogni plaga del mondo civile fu a dir vero meno filosofico dell'austriaco preparato con dottrine kantiane (1). Ma era il più alto frutto della Rivoluzione francese e di essa attuava l'illusione che tutto fosse nel codice e neppur sillaba dovesse aggiungervisi o toglierVisi.

Eppure un codice comincia a morire quel giorno stesso che è il primo di sua vita.

Un codice non perviene mai a riprodurre in articoli tutto quanto il diritto che vive in quel momento nella coscienza popolare (§ 12); onde si avvertono subito difetti e lacune. Il codice è un sistema di formole tecniche che riducono ad eguaglianze astratte e immutabili delle quantità concrete, variabili, mutabilissime (2); nasce ben tosto un disaccordo fra le regole del codice e le sociali relazioni che vi sono sottoposte. Il disaccordo si avverte generalmente nei punti più delicati e gravi (commercio, lavoro, infanzia abbandonata, emigranti, ecc.) e nelle leggi penali, scosse prima da un senso di umanità, poi da una più completa scienza dell'uomo; ma disaccordo si ha, più o meno, in tutte quelle relazioni. Per evitarlo sarebbe necessario sopprimere ognuna di quelle cause di rapido invecchiare dei codici, le quali sono insieme i fattori, mutabili nella loro azione e combinazione, della vita sociale. Alcune di quelle cause si possono dire politiche: così il diverso significato politico che acquisti una classe rimpetto all'altra, d'onde

---

(1) Landsberg, *Gesch.* cit., III, pag. 528.

(2) Sotto quest'aspetto la riduzione a quantità del matematico non differisce dalla nostra che per il grado Cfr. sopra pag. 339-340.

a poco a poco un più vivo sentimento di sociale solidarietà (§ 10). Altre si posson dire religiose per il diverso grado di distinzione del principio religioso dal giuridico. Altre infine economiche poichè l'economia ha leggi proprie (§ 32), di cui le nostre non sono sempre nitido specchio, e le funzioni economiche creano figure e bisogni non preveduti e forse non prevedibili (§ 31).

Per legge fatale l'interpretazione s'impadronisce di ogni codice, lo avvolge nelle proprie spire, lo soffoca. Così avvenne in Roma delle dodici tavole e dell'editto del pretore; così nei secoli scorsi, presso di noi, del *Corpus iuris*. Così della legge mosaica, del Corano, dei testi giuridici indiani (1). E tutt questi interpreti di ogni età e scuola dicono di spiegare il testo, non di mutarlo! Non diversamente oggi, sfiduciati della interpretazione che voleva con criterî grammaticali e logici spiegare il codice, aneliamo ad una così detta interpretazione storica (2) che vuol gettare nelle vecchie formole della legge, fin dove la loro ampiezza e flessibilità lo permette,

(1) Cfr. la bella analisi di queste interpretazioni in Lambert, *Études de dr. comm. legisl.*, I, pag. 214 e seg. Sulla particolare importanza della interpretazione nel diritto musulmano cfr. Sawas Pacha, *Étud. sur la theor. du dr. musulm.*, Paris 1892-1898, e il recente studio del Sullam, *Un corpo di dir. ottom.* (*Riv. it p. le sc. giud.*, XLII, 1907, pag. 239 e seg.). Vi si vede quasi ciò che fu anche da noi la giurisprudenza!

(2) Cfr. Saleilles nella prefaz. all'opera del Geny, *Méth. d'interpret et sources en droit priv. posit.*, Paris, 1899; *Le cod. civ. et la meth. hist.* nell'opera *Le Cod. civ.*, 1804-1904: *Livre du cent.* A poco a poco si vagheggia il ritorno alla libera scienza. Cfr. Flavius, *Der Kampf um die Rechtsw.* Heidelb. 1906.

tutto lo spirito dei tempi nuovi. Quelle formole staccate dal legislatore del loro tempo devono parlare il linguaggio di un ideale legislatore del tempo nostro. Il giudice dove la legge tace deve supplirla in armonia coi nuovi bisogni. Se infatti la giurisprudenza dei tribunali sempre cooperò con la scuola a schiacciare il testo per completarlo, oggi ha creato e crea dottrine che nei codici mancano (1) Infine la demolizione dei codici è affrettata da leggi speciali che spesso contradicono agli articoli di quelli riportando la sostanza viva del diritto nelle concezioni formali della legge generale.

Siamo così ricaduti in una condizione di cose pressochè simile a quella anteriore ai codici: il diritto è spesso incerto e l'equità, forza benefica in astratto, contribuisce a scuoter l'impero delle formole antiquate. Intanto l'illusione del codice ci accompagna fatalmente: in Francia, in Austria, fra noi si anela ad una revisione e miglior distinzione dei codici, e nuovi se ne ha in progetto (2).

---

(1) Si legga l'interessante libro del Sauzay, *Essai sur les procédés d'elaborat. du droit empl. par la jurispr. franç.*, Paris 1906. È insomma il metodo stesso che tenevano i nostri antichi come puoi vedere nella mia lezione *La riabilitaz. dei giur. accurs.* negli *Studi senesi* in on. di L. Moriani (Torino 1906). I, pag. 129 e seg.

(2) Noi volemmo a buon dritto cementare la nostra unione nazionale con varî codici: il *Codice civile*, il *Codice di commercio*, il *Codice di procedura civile*, il *Codice della marina mercantile*. A questi si debbono aggiungere i Codici penali, il comune, quello per l'esercito e per la marina, il codice di procedura penale. Più fummo tratti a rivedere i codici del commercio e i penali. Ora da un lato si vuol rivedere tutto il diritto

In Germania non appena sarà sbollito l'entusiasmo delle costruzioni dogmatiche sul nuovo codice, verrà l'idea di migliorarlo. Lunge dallo sconfortarci, questo spettacolo ci mostra la vita fiorente della società civile e del diritto che ne segue le fasi affermandosi per divenir norma di codice e tendendo di giorno in giorno a surrogar le morte norme con altre fresche e vive (§ 38).

Sarebbe errore scagliare contro i codici il rigido anatema della scuola storica nella sua prima fase (1): essi sono utili come formole di un momento, quasi equilibrio mobile più che stabile. Si aggiunga poi che hanno un valore politico: il codice francese fu il pieno trionfo dell'unità di quel popolo, il nostro rinsaldò la desiderata e quasi compiuta unità nazionale. In Germania è il coronamento dell'impero. Ma noi dobbiamo liberarci dal pregiudizio della durata dei codici e della loro perfezione, nè dobbiamo temere se temporaneamente li contradicano leggi speciali, celere ed efficace rimedio a nuovi bisogni. L'unità sistematica è nella mente del giurista (§§ 13, 19). Se poi il codice dovesse essere in avvenire (2) un repertorio di principî generali

---

privato (la commissione per tale scopo fu già nominata dal compianto guardasigilli Gallo); dall'altro si attendono codici coloniali, un codice del lavoro, un codice di diritto ecclesiastico, ecc.

(1) Cfr. già in favore del codice lo stesso Savigny, *Zchr. f. gesch. Rechtsw.*, I, pag. 587. Sull'argomento è ancora molto istruttivo il libro del Meijer, *De la codificat. en génér. et de celle de l'Angleterre*, Amsterdam et Londres 1830.

(2) V. il disegno dello Alvarez, *Une nouv. concept pes étud. jurid.*, pag. 207-208.

intorno a ciascun rapporto giuridico, tanto varrebbe forse lasciarli più a posto in un manuale scientifico. Ma è certamente un vivo desiderio di dotti e di popolo nell'età nostra che alla tagliente e spesso ingiusta parola della legge sottentri l'umana parola di giudici pienamente consapevoli delle numerose radici che ogni fatto giuridico stende nella compagine sociale. Per sì fatti giudizî quasi arbitrali, che dalle più tenue questioni dovrebbero salire ai più forti contrasti d'interessi, richiedonsi giuristi e giudici cui sia chiaro innanzi agli occhi il sistema dell'odierna giurisprudenza. Ciò può dare la scuola. Ma non basta. I giudici a cui si voglion concessi questi ampi poteri, riproducendo in parte il modello del magistrato romano (1), non pure debbono aver dote d'imparzialità e incorruttibilità, ma esser tenuti in tale stima da tutti. Un *arbitrium boni viri* non può sorgere, nè aver efficacia se non quando piena sia la fiducia nell'arbitro e niun sospetto ne indebolisca l'opera. La società civile si creò ai dì nostri un senso di legalità che vuole il rigido attaccamento alla legge appunto perchè in passato diffidò dei giudici e fece triste esperienza dei loro arbitrî. Composte in miglior modo le antitesi di classe, cesserà ogni vestigio di questa diffidenza?

(1) L'Alvarez, op. cit., pag. 205, vorrebbe appunto che i futuri giudici avessero come gli antichi Parlamenti il potere di regolare i rapporti giuridici; il potere legislativo non promulgherebbe che regole di carattere generale: una parte di potere legislativo passerebbe al giudiziario.

CAPITOLO IX.

Scienze e cognizioni ausiliarie alla giurisprudenza

§ 40.

La filosofia.

Già vedemmo che gli antichi legisti discutevano a qual parte della filosofia dovesse ascriversi il Digesto (§ 17). Noi possiamo dire di ricorrere continuamente nello studio del diritto alle dottrine filosofiche, sì da avere nella giurisprudenza una filosofia applicata. La ricerca positiva è essa pure un'alta operazione filosofica (§§ 4, 30, 32). Lo studioso delle leggi, il quale fosse erudito nella filosofia, meglio potrebbe osservare, comparare, indurre. Le stesse deduzioni sarebbero più sicure; più facile la riconduzione dei fatti ai principî. Oggi l'intelletto del giurista procede alla cieca adoperando spesso istrumenti di cui ignora la potenza e così ad ogni istante lo tortura il problema della conoscenza e ad ogni istante egli sente vacillare la propria logica. E se da un lato v'è taluno che, dichiarandosi giurista, disprezza ogni cultura filosofica dall'altro v'è chi ha il torto di non distinguere tra

le esigenze della mente del puro filosofo e quelle della mente del giurista filosofo (1).

Nè soltanto recherebbero aiuto al giurista la logica (il cui studio rifiorisce anche per virtù di matematici) e la psicologia, alla quale si può ricondurre pur la scienza economica (2); ma l'istessa etica con l'analisi delle regole e della condotta individuale. Per questa via meglio comprenderebbe l'etica sociale sostanzialmente tutt'uno con la prima (§ 32). E come oggi lo Stato è basato sul diritto, dovrebbe il giurista, più con sussidî filosofici che suoi proprî, determinare non pure i limiti legali, ma i morali dell'azione dello Stato.

Anche l'istoria della filosofia mostra al giurista che il concetto del diritto prende aspetti diversi secondo il predominio delle diverse scuole filosofiche succedentisi nel tempo, come tentativi dell'umano pensiero per la discoperta del vero. Lo stesso valore del diritto positivo e i suoi rapporti col filosofico son diversamente intesi secondo la diversità delle dominanti idee.

---

(1) Così la logica giuridica dello Jhering, per noi di massima utilità ed evidenza (pag. 154, n. 1), può essere oggetto di critica filosofica (Korkounow, *Cours de theor. génér.*, pag. 536 e seg.). Lo stesso si può dire di certi concetti che noi (prima anche che il filosofo ce li demolisca) conserviamo come necessarie *fictiones*.

(2) Il Sax, ad es., *Gli ultimi prog. della scienza econom.*, loc. cit., p. 186, nota 1, chiama la dottrina economica una « psicologia applicata » e crede che alle diverse categorie di sensazioni individuali (cfr. Wundt, *Physiol. Psychologie*, 3.ª ed., II, p. 424), come le logiche, etiche, religiose, estetiche, debbansi aggiungere le economiche. Del tutto psicologica è la sua spiegazione dei fenomeni del bisogno, del lavoro, del valore.

§ 41.

La storia generale.

Ognun vede come oggi la giurisprudenza abbracci una vasta cerchia di storiche indagini, le quali, sì nelle scienze giuridiche, sì nelle sociali, son base della dottrina.

La storia del diritto non è che un lato della storia generale (§ 4 *a*). Si mediti essa per colpire l'obiettivo legame che serra tutte le manifestazioni di un popolo in una sintetica rappresentazione della sua intellettuale energia. Qui sorge e si perfeziona il diritto qui si formano le relative convinzioni dei limiti dell'azione dello Stato. Ma l'istoria, per recarci tale utilità, deve essere sgombra di ogni partigiana coazione, e, senza limitarsi, come un tempo, a vagare sulle sommità (narrando soltanto le gesta degli imperatori, dei papi, dei principi e degli uomini di genio) discendere con eguale interesse in tutte le stratificazioni della civil società e penetrare per tutti i labirinti di questa sin dove ha efficacia, anco lontanamente, l'individuo e la classe. Perciò si debbono accogliere con interesse anche le più minute indagini storiche, che nell'insieme del quadro possono apparire, in seguito, di somma importanza. Spesso un fatto storico opera in un'orbita vastissima, e soltanto dalle molteplici e svariate azioni e reazioni di esso si risale a decifrarne la vera natura.

§ 42.

Le lettere classiche e gli idiomi stranieri.

Le classiche lettere, come studio ben disciplinato dell'antichità, costituiscono il precipuo mezzo per comprendere quel mirabile lato di essa che è il diritto romano. Gli umanisti sin dal secolo decimoquinto poterono largamente cooperare al risorgimento della giurisprudenza richiamando sotto il loro esame la lingua dei giureconsulti classici (1), e inducendo poi i legisti a esporne più elegantemente le dottrine e con tutto quel sussidio di classici autori, dei quali oggi pure usiamo per la interpretazione del diritto romano. In virtù di questo benefico connubio, la scienza dell'antichità classica comprende una parte di sommo interesse per i giuristi. Essa approda allo studio non puramente formale, ma sostanziale delle antiche civiltà.

Quanto al latino, oggi più che mai dovrebbe esserne esperto conoscitore lo studioso della giurisprudenza. Se non vi ha più alcun bisogno di parlare o scrivere in latino, la soluzione di molte interessanti questioni di storia ed esegesi del diritto romano dipende tuttavia dalla perfetta conoscenza delle lettere latine. Oggi che, storicamente considerando il Digesto, vogliamo studiare i classici giuristi nella loro individualità, è indispensabile ana

(1) Cfr. Kirchmaier, *Opusc. sex rarissima de latinitat. digestorum et inst.*, Halae 1772, e Dukerus, *Opuscula varia de latinit. iurisconsultor. veterum*, Lipsiae 177[illegible]

lizzarne la lingua (1). La ricerca, omai iniziata con tanto frutto (malgrado inevitabili esagerazioni) delle interpolazioni bizantine nei testi giustinianei (cfr. § 20), non si può fare senza una retta nozione dello stile e della lingua latina nei suoi diversi periodi storici. L'esegesi stessa d'un frammento ha limiti fissati da regole grammaticali e stilistiche, delle quali taluni, ignorandole, non si curano; onde strane interpretazioni. Ed oggi più che mai v'è bisogno del greco, così a torto combattuto, perchè il giurista possa almeno ricollegare da sè solo il diritto greco all'italico e al romano, giacchè purtroppo non può direttamente risalire alle leggi e ai sacri testi dell'India. Qui farebbe d'uopo che giuristi e orientalisti unitamente si aiutassero nel ricomporre gli anelli della grande catena. La scienza la vuol ricomposta; ma poco si cura dei mezzi! Il greco ci è necessario pure per la lettura dei papiri (§ 20) e le ricerche sulle fonti giuridiche bizantine o greco-romane che daranno largo frutto. Malgrado i molti studî e le critiche edizioni, non tutte le fonti sono opportunamente pubblicate.

Si ricordi qui anche il grande sussidio che si ottiene, di giorno in giorno maggiormente, dall'epigrafia greca e romana, che ci alza il velo della storia.

Ma le lettere classiche hanno pure l'ufficio di fornire il nostro intelletto di quella potenza di comprendere, di cui tuttodì si scopre manchevole chi non ne fu fornito: dalla retta intuizione deriva la chiara e precisa forma del dire. Non si può ab-

(1) Cfr. Kalb, *Das Juristenlatein*, 2 A. Nürnberg 1888; *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt.*; Leipz. 1890.

bastanza biasimare l'improprio, oscuro, sconnesso linguaggio di alcuni scrittori di diritto e di scienze sociali, quasi che la grammatica e la purezza della patria favella fossero anticaglie da museo. Eppure l'odierno giureconsulto, senza pretendere la purezza dell'attico oratore, dovrebbe aver sempre la parola precisa e saggiamente ornata per diffondere insegnamenti dalla cattedra, persuadere i giudici, dominare le numerose e impazienti assemblee. Le legislative riescono composte anche di uomini non tutti esperti delle varie scienze da' cui suggerimenti scaturisce la formola di una legge ; è compito del giureconsulto di esporla ad essi con quel chiaro e facile linguaggio che presuppone una grande padronanza della patria favella.

Nè dobbiamo essere unilaterali ; l'antico si completa col moderno. Gl'idiomi stranieri, in specie il francese, il tedesco, l'inglese son l'unico modo per fruire realmente della scienza nel suo odierno aspetto e partecipare alla grande divisione del lavoro. Cieco è omai chi non può leggere che la nativa lingua. Nè di ogni opera straniera si hanno traduzioni : giova pure studiarla nell'originale, poichè in ogni lingua il pensiero si atteggia in modo diverso. Le riviste straniere, che tanta parte sono oggi della quotidiana ricerca, non si possono aver tradotte. Lo stesso si deve dire delle monografie, che, salvo eccezioni, vengon tradotte quando sono ormai invecchiate.

§ 43.

La paleografia e la diplomatica.

Per la *Storia delle fonti*, la *Storia letteraria del diritto romano*, la *Storia del diritto italiano*, l'in-

dagine, che amplia la scienza, ha per oggetto lo studio di documenti e manoscritti antichi dei quali si deve poter fare la lettura e, mediante l'analisi del carattere e di altre particolarità grafiche, determinare l'età. Spesso dalla fissazione di questa dipende il valore decisivo di un documento o altro manoscritto invocato in una ricerca: l'interesse di quella fissazione cresce poi in caso di controversia. Si ricordino qui le moltissime indagini che dal Savigny in poi si volgono alla scienza del diritto omano nel medio evo, la questione non certamente chiusa sul manoscritto pisano delle pandette, l'esame, appena iniziato, delle carte italiane chiudenti il segreto della nostra istoria del diritto e specialmente de' suoi fattori romano e germanico.

Alcune delle fonti giuridiche pubblicate sono imperfette malgrado l'autorità dello editore; altre ricevono tali completamenti, da rinnovarne l'aspetto, per la scoperta di nuovi manoscritti.

Il diritto romano, che pur resta gran parte della giurisprudenza, deriva da fonti e collezioni di un tempo nel quale l'unica forma di conservazione e trasmissione era la scrittura. E gran parte della migliore letteratura romanistica antica si è svolta e trasmessa da una generazione all'altra anteriormente alla stampa. Abbiamo quindi comune coi letterati il bisogno di conoscere le antiche materie scrittorie, i tipi di caratteri, le altre note distintive di un manoscritto: a dir breve, l'origine, la specie, la trasmissione di questo (1).

---

(1) Su ciò è ancora utile consultare Denis, *Bibliografia* (trad. Rancetti), Milano 1846, e Gar, *Letture di bibliologia*, Torino 1868. Un libro sommamente istruttivo anche pei giuristi e specialmente pei romanisti è quello

La paleografia o arte della lettura e classificazione dei manoscritti sarà pertanto di sommo vantaggio al giurista erudito. Così la diplomatica che insegna a scernere i veri dai falsi diplomi e documenti (1). **Ricordi lo studioso che vi è un** gran numero di questi!

§ 44.

La bibliografia e la biblioteconomia.

Un tempo pochi libri formarono la biblioteca del giureconsulto. Già se ne trova un elenco nello statuto antico bolognese che fu modello a quello delle altre (2). Nel secolo decimosesto taluni romanisti ebbero numerose biblioteche nelle quali i libri stampati stavano insieme ai manoscritti (3). Allargatasi così la cerchia della letteratura giuridica in varie forme, di cui aveva dato già qualche esempio la scuola dei glossatori e post-glossatori, si sentì il bisogno di compilare indici bibliografici pel diritto

del Birt, *Das ant. Buchwesen im Verhältn. zur Literat.*, Berlin 1882 e a proposito di esso la mia memoria *Libri e codices nel ling. dei giur. rom.* (*Atti Acc. di sc. lett. ed arti in Padova*, XI, 1895, pag. 99 e seg.).

(1) V'è una ricca letteratura. Mi limito a citare Gloria, *Compendio delle lezioni teorico-pratiche di paleografia e diplomatica* con atl., Padova 1870; Paoli, *Prog. di paleogr. lat.*, Firenze 1888; Carini, *Somm. di paleogr.* Roma 1889; Prou, *Manuel de Paléographie*, Paris 189?. Sulla importanza della diplomatica per le discipline legali cfr. Malagola, *La cattedra di paleogr. e diplom.*, Bologna 1890.

(2) Erano i libri che gli *Stationarii* prestavano, mediante compenso, agli studenti.

(3) Cfr. il mio libro, *La scuola padovana*, pag. 36-40.

civile e canonico divisi secondo i vari tipi di letteratura giuridica (1). Si ebbe anche nel medio evo un'interessante letteratura popolare del diritto romano e canonico, o *literatura pauperum* o dei semidotti, della quale recentemente si sono tentati bellissimi elenchi (2).

Ma la giurisprudenza, in gran parte romana, ampliavasi di giorno in giorno dal secolo decimosesto in poi: così gli antichi indici trasformaronsi in vasti repertori bibliografici e che durano sino ai nostri giorni e comprendono anche le monografie, le dissertazioni, le memorie inserite negli atti delle accademie e nelle pubblicazioni periodiche; nè solo per le scienze giuridiche, ma a poco a poco anche per le sociali e politiche (3). Le riviste, ancorchè

---

(1) Un antico indice di libri legali compilato dal Nevizano, dal Gomez, dal Fichard è aggiunto alle *Iurisconsult. vitae*, Basil. s. a. del Rutilius e del Fichard. Si ricordi poi lo Zilettus. *Index librorum omnium nomina complect. in utroque iure editor.* Venet. 1559. Nè mancano altri indici.

(2) Stintzing, *Gesch. der populär. Literatur des römisch-kanon. Rechts in Deutschl.*, Leipzig 1867, e Muther, *Zur Geschichte der Rechtswiss.*, Iena 1876, cap. I. Un elenco degli scritti del famoso Pietro Tomai ravennate è fornito dal Muther, *Aus dem Univers. und Gelehrtenleben.* Erlang. 1866, pag. 371-95. Cfr. anche Seckel. *Beitr. zur Gesch. beid. Recht. in M. A.*, I, Tübing. 1898.

(3) Per la conoscenza e il riassunto di molti trattati del diritto comune è utile il Sabelli, *Summa div. tract.*, Venet. 1715, vol. 6 con l'*Index* o *Clavis*, ed anche la sua *Pratica universale*, Venet. 1715. Molte monografie e trattati son raccolti in collezioni, di cui ricordiamo i *Tractatus universi juris duce et ausp. Gregorio XIII*, Venet. 1584, i *Thesauri* del Graevius (1694-99), di Otto (1633-35), del Meermann (1751-53) con suppl. (1780), di

non speciali ad un ramo di quelle o di queste, sono

Oelrichs (1769, 70, 71-82). Una vasta bibliografia giuridica per ordine alfabetico e materie è Lipenii, *Biblioth. realis iurid.* con agg. dello Struvius e di Ienichen, vol. 2, Lipsia, 1757. La tennero al corrente 4 vol. di supplemento a cura dello Schott, Lips. 1775, del Senkenberg, Lips. 1788, del Madhin, Vratislav. 1816 e 1823. Si ricordino anche Fontana, *Amphyteatrum legale*, Parma 1694, Hofmann, *Juristiche Bibliotek*, Iena 1748, Struvius, *Biblioth. iuris selecta,* Jena 1756, Hommel, *Litteratura iuris*, Lips. 1761, Nettelbladt, *Initia hist. litterariae iurid. univers.*, Halae Magd. 1764, Haubold, *Instit. iuris rom. litterariae,* I (unico), Lips. 1809, Ersch, *Literatur der Jurispr. und Politik*, Leipz. 1823, Hugo, *Lit erärgesch.*, Berlin 1830 e *Beiträge zur civilist. Bücherken. der letzten vierz. Jahre*, Berlin 1828-44 (esame della letteratura giuridica durante il rigoglio della scuola storica), Camus et Dupin, *Lettres sur la profess. d'avoc.*, II, *Bibliotèque choisie des livres de droit* etc., Paris 1832, Kappler, *Juristisch. Promptuarium des 19 Jahrhund.* Stuttg. 1835, Stubenrauch, *Bibl. iuridica austriaca*, Wien 1847 (dai più antichi tempi al 1846, comprese le riviste), Wuttig *Biblioth. iurid.* (scienze giuridiche e sociali dal 1849 alla metà del 1867), Leipz. 1867, Rossberg, *Bibl. iurid,* (id. dal 1867 alla metà del 1877), Leipz. 1877, Mollat-Wetzel, *Weigels system. Verzeichniss der Hauptwerke der deutsch. Liter. aus dem Gebiete der Rechts und Staatswiss.*, Leipz. 1886; Mühlbrecht, *Wegweiser durch die neuere Literatur der Staat-und Rechtswiss.* Berlin, dal 1868 in poi. Altri vasti annuarî della letteratura giuridica e politica tedesca si ebbero dallo Schunck (dal 1826 al 36), Erlang. und Neust. 1826-36. Per i Paesi Bassi si ha un catalogo dei libri di giurisprudenza e scienze politiche dal 1837 al 1874 sotto il titolo di *Bibliotica iuridica*, s'Grav. 1874. La letteratura giuridica di questi paesi è disposta in ordine alfabetico in Oppen-Nasse, *Nederlandsche Rechtsliteratur,* s'Grav. 1884. Pel Belgio è da citare Picard et Laurier, *Bibliogr. génér.*

oggi un continuo aiuto bibliografico. Si volle pure

---

et raisonnée du droit belge (dal 1814 in poi), Bruxelles 1882-90. Per la Spagna cfr. Torres Campos, *Bibliografia española contemp. del derecho y de la politica*, Madrid 1883-1896. Molte notizie di letteratura giuridica inglese e americana trovasi in Reed, *American Law Studies or Self-Prepar. for Practice in the United States*, Boston 1882. Per le dissertazioni si hanno interessanti cataloghi editi da intelligenti librai. Cfr. il *Catalog. plus quam 10,000 dissertat. et orat. iuridic. defens. et habit. ab. a. 1600 usque ad 1878 in academ. Neerland. Germaniae, Sueciae*, Amsteled. 1879 (edit. Muller), *Catalog. plu quam 4000 dissertat. programm. comm. ad iurisprud spect. a sec. XVI ad nostra usque temp. in acad. Germ. Galliae, Holland. edit.* Berlin 1887 (edit. Prager). Una buona rivista bibliografica di monografie si ebbe dal 1785 al 1793 dal Klüber, *Kleine jurist. Bibliotek*, vol. VII (fasc. 26), Erlang. 1785-93. Il commercio librario tedesco, tanto logicamente condotto, offre cataloghi degni di studio: per le tesi, dissertazioni, monografie è opportuno consultare particolarmente quelli della ditta Fock in Lipsia. Da quel commercio si ricevono grandi sussidi, principale quello derivante dal periodico catalogo dello Hinrichs. Dalla Francia ci proviene ogni anno una *Bibliogr. ou catalogue gén. et. compl. des livres de droit et de Jurispr. classé dans l'ordre des Codes*, e dal 1894 n poi una *Revue bibl.* del dir. e delle scienze sociali. In genere il nostro commercio librario, malgrado benemeriti editori, attende miglioramenti. L'associazione tipografico-libraria italiana pubblica bollettini periodici. È atteso vivamente un indice per materie del *Catalogo gener. della libraria ital. dell'anno 1847 a tutto il 1899 compil. dal* prof. Pagliaini, Milano 1901-1905. Noi abbiamo infatti bisogno di esser guidati attraverso i vasti repertori di bibliografia generale come quelli dello Heinsius, del Lorentz per la Francia, il famoso catalogo inglese (*The english catalogue of Book*) che conta ormai settanta anni vita. Uno sguardo alla letteratura giuridica dell'Eu-

una bibliografia sotto ai singoli passi delle fonti in libri con tale scopo (1); ma questi cominciano ad invecchiare. Più si può aver fiducia nei manuali, nei dizionarî scientifici, nelle grandi enciclopedie e nelle monografie di serio carattere scientifico. Alcuni repertorî di giurisprudenza sovente hanno un buon corredo bibliografico.

Anche della bibliografia non manca l'abuso (2), V'è chi, scambiando la monografia col manuale,

---

ropa e dell'America dal 1880 al 1885, dovuto a professori dei varî paesi, si ha nei 12 fasc. del vol. V (1885) del *Centralblatt für Rechtswiss.* che continua ad essere un gran repertorio bibliografico. Notizie bibliografiche di tal genere fornisce anche Amiaud, *Aperçu de l'état act. des législ. civ. de l'Europe et de l'Amérique*, Paris 1884.

Per la letteratura speciale delle scienze sociali e politiche molti sussidî forniscono le ricerche storiche del Mohl, dello Schmoller, del Rehm, del Mollat, del Marchet, *Stud. über die Entwick. der Verwaltungsl. in Deutschl.*, Münch. und Leipz. 1885, e fra noi pure, oltre i saggi del Ferrari, *Corso su gli scritti polit. ital.*, Milano 1862 e del Cavalli, *Mem. Ist. Ven.*, XI-XIV, XVI-XXI, è da ricordare la fruttuosa e diligente indagine storica a cui si sono dedicati i nostri cultori dell'economia. Ma non mancano bibliografie generali come la *Bibliogr. oeconom. univers.*, I-IV de l'*Inst. intern. de bibl.* di Bruxelles e la *Bibliographia sociologica*, Brux. 1895 o speciali, come quella dello Stammhammer pel socialismo, Jena 1893, e per la politica sociale, Jena 1897, del nostro Ufficio del lavoro, ecc.

(1) Hommel, *Corpus iuris cum notis variorum*, Leipz. 1768; Schulting, *Notae ad Digesta seu Pand.*, Lugd. Bat. 1804-35; Schimmelpfeng, *Hommel redivivus*, Cassel 1889.

(2) Vedi le mie osservazioni nell'*Antologia giuridica catanese*, II, pag. 26-32.

cita soverchi libri persino su tutti i punti secondari, quasi preparatori della ricerca finale, e che si debbono supporre cogniti. Altri si limita a ricordare il più recente libro sull'argomento, come se l'ultimo fosse sempre il migliore e demolisse i precedenti. Non parlo delle citazioni inesatte, incomplete e di seconda mano che debbonsi assolutamente evitare; ma la stessa bibliografia che fu preparata vedendo ogni libro non deve soltanto essere esatta in tutto, come omai se ne ha lodevole esempio pur tra noi, sivvero tener conto dell'età e delle scuole cui gli autori, in specie gl'interpreti del diritto romano e comune, appartennero. Di quelle scuole infatti esprimono per lo più le tendenze e conservano i pregi e i difetti. La storia letteraria del diritto romano (§ 20), che comprende molti odierni rami della giurisprudenza, mentre riceve grandi sussidî dai repertorî bibliografici, è utilissima per dirigere le citazioni bibliografiche. Si ricordi che ciò è necessario non pure per l'erudizione; ma per decidere le cause, come spesso accade, secondo il diritto comune e per intendere le dottrine passate nei codici. La bibliografia delle scienze giuridiche e sociali attende di essere riordinata secondo la storia di queste e con special riguardo a ciascuna nazione. Vi è infatti una parte delle scienze comune a tutti i popoli ed una speciale ad ognuno di essi. Grande è la importanza della distinzione per ciò che si riferisce alle scienze nostre. Eppure manchiamo tuttora di una storia della giurisprudenza italiana (1); più ci è nota quasi quella dell'oltr'alpe.

---

(1) Per il più antico medio evo le ricerche del Savigny, del Fitting, del Conrat, del Chiappelli, del Flach, ecc., ci offrono un sussidio bibliografico nuovo e specialmente

Una storia della giurisprudenza nostra dovrebbe avere a fondamento una bibliografia delle università italiane, da me propugnata purtroppo invano (1). Chi doveva dare ascolto alla mia voce di solitario studioso?

Ma credo soprattutto utilissime anche per i giuristi quelle cognizioni di bibliografia, bibliologia e biblioteconomia che rendono agevole la ricerca nelle nostre ricche biblioteche pubbliche

italiano. Cfr. un quadro in Conrat, *Gesch. der Quell. und Literat. des röm. Rechts im früh. Mitellalt.*, I, Leipz. 1891. Per i successivi periodi dobbiamo ancora appoggiarci al Savigny e alle storie della giurisprudenza di altri paesi: splendido esempio ne offre per la Germania lo Stintzing-Landsberg; ma sono pur da ricordare per la Francia le ricerche del Fournier, per l'Inghilterra quelle del Maitland.

(1) Come per cura del Ministero prussiano della pubblica istruzione è stata pubblicata in Germania una *Bibliogr. der deutsch. Univers.* di Erman e Horn, Leipzig 1904-1905, che offre un elenco di tutto ciò che è stato pubblicato intorno ad esse sino al 1899: io speravа che si potesse fare altrettanto presso di noi. Cfr. la mia memoria *Per una storia delle Univers. ital.* (*Atti Ist. Ven.*, t. LXIV, P. II, 1904-1905, pag. 675) e *Per una bibliogr. delle univ. it.* (*Atti Acc. ven. trent.*, a. II, volume II, 1905). Invero non v'è altro modo per trovare i fattori della vera *Bibliotheca iuridica italica* di là da venire. A ciò è rivolto in parte anche quel corso libero di *Storia letteraria del diritto romano* che io tengo da ventun'anni a Padova e dove mi sforzo pure di determinare l'origine e lo scopo delle tradizionali cattedre universitarie (cfr. sopra § 17). Già si hanno di tal genere notevoli saggi fra noi (es. del Rossi per Siena, del Costa per Bologna etc.). Un bel saggio recente per la cattedra di economia in Germania è quello dello Stieda, *Die Nationalökon. als Universitätsw.* Leipz. 1906.

fornite sovente, in specie pei secoli scorsi, di un materiale quasi inesplorato. E sarebbe veramente provvido un completo corso universitario di bibliografia (1). La biblioteca privata nell'odierno rigoglio degli studî, tuttodì crescenti, in ogni ramo dello scibile si fa sempre più insufficiente: la pubblica acquista una importanza di gran lunga maggiore e diventa una stromento necessario della produzione intellettuale. La biblioteca completa oggi veramente, e qualche volta surroga, l'università. Onde è lodevole l'incoraggiamento dello Stato a pubblicazioni e monografie risguardanti la bibliografia e l'ordinamento delle biblioteche. Desiderabile è pure che un capitale pecunario si tramuti, sempre in più ampia misura, in un capitale librario sapientemente scelto, logicamente ordinato. Ma siamo oggi caduti nell'eccesso opposto di spender molto in storte e lambicchi e di lesinare sull'acquisto di libri per le biblioteche pubbliche.

Se lo studioso cerca un libro determinato, il catalogo stesso della biblioteca ne indica la collocazione. Ma sovente è necessario fare indagini sulle opere intorno ad un argomento, conoscere tutte quelle pubblicate in un certo periodo. Ciò sia detto in specie per chi vuol compilare una completa bibliografia, un elenco degli scritti di un giureconsulto, una classificazione dei trascurati volumi degli antichi commentatori, decidenti e consulenti che la *Storia letteraria del diritto romano* deve appunto riordinare e analizzare. Non sempre è facile la consultazione del catalogo per materia, nè sempre questo è esatto. È anche utilissimo seguire l'aumento delle biblio-

(1) La proposta è del Fumagalli, *L'Università*, IV, pag. 517 e 580.

teche, l'acquisto delle opere straniere; tanto più che il prestito, saggiamente ammesso tra molte delle pubbliche biblioteche, le fonde quasi in una per il sussidio degli studiosi.

Mi limito alle seguenti indicazioni che credo opportune:

a) Dal 1835 al 1885 si ha la *Bibliografia italiana*, giornale dell'associazione tipografico-editrice italiana, il quale si pubblicava a Milano, e che fu iniziato dall'editore Stella (1);

b) Dal 1886 escono regolarmente un *Bollettino delle pubblicazioni ricevute per diritto di stampa*, a cura della Biblioteca nazionale centrale di Firenze, diviso per materie (fu sostituito negli anni 1898-1900 dalla *Bibliografia italiana*) ed un *Bollettino delle opere moderne straniere acquistate dalle biblioteche pubbliche governative*, egualmente diviso, a cura della Biblioteca nazionale centrale Vittorio Emanuele in Roma (2), che non subì interruzioni se non dal 1893 al 1897.

c) Il Ministero della pubblica istruzione iniziò dal 1884 (3) una diligente pubblicazione di *Indici*

(1) Fra i precedenti tentativi è da registrare la *Bibliografia italiana*, vol. 2., Parma 1828-29.

(2) Fra i cataloghi di biblioteche straniere, che son per noi un'ottima fonte bibliografica, merita ricordare qui Daguin, *Catal. de la biblioth.* (*Soc. de législ. comp.*). Paris 1885, la pubblicazione del Ministero francese di giustizia e culti, *Bibl. du comité de législ. comp.*, Paris 1880; Schulz, *Katal. der Bibl. des Reichsgerichts.*, Leipz. 1882;90.

(3) Un precedente tentativo bibliografico dovuto a questo Ministero si ebbe col titolo *Annuario bibliografico italiano*, vol. 2, Torino 1863 a 1864.

e cataloghi (1). Vi si troverà notizia anche del buon materiale antico. Notevole ad esempio l'*Indice* del *Mare magnum* del Marucelli pubblicato per cura del Biagi. Costituisce un vasto repertorio bibliografico: i libri citati sono per lo più nella Marucelliana di Firenze, o in antiche biblioteche di Roma.

Anche il Ministero di agricoltura industria e commercio pubblica *Cataloghi*. La Biblioteca della Camera dei deputati ha cominciato a stampare a Roma dal 1885 un *Catalogo metodico degli scritti contenuti nelle pubblicazioni periodiche italiane e straniere*. Un buon catalogo diviso per materie è pur quello della biblioteca del Senato.

Pregevole guida alle ricerche nelle biblioteche è il manuale dell'Ottino e Fumagalli (2) che ci richiama pure a studiare la storia delle biblioteche pubbliche o private, i loro cataloghi generali e parziali, le relazioni e i regolamenti: argomento anche per noi interessantissimo. Le nostre università, prima di esser fornite di pubbliche biblioteche,

(1) Ascende presentemente a 12 volumi. Vi si troveranno molte notizie anche intorno a manoscritti. Il Blume, *Bibl. libr. manuscr. ital.*, Goet. 1834, non ci basta. Si hanno alcuni cataloghi di mss. delle nostre biblioteche e archivi di Stato (bellissimo quello per Lucca compilato dal Bongi). Molto resta ancora a fare.

(2) *Bibliotheca bibliographica italica*, Roma 1889, continuata poi dagli autori stessi, indi dal Calvi. Si cfr. Oettinger, *Bibliographie biographique*, Paris 1866, Petzholdt, *Biblioth. bibliograph.*, Leipzig 1866, Vallée, *Bibliographie des bibliographies*, Paris 1883 con *Supplém.* del 1887, Kleemeier, *Handb. der Bibliograph.*, Wien 1902 Per gli scrittori classici, che interessano pure a noi giuristi, è opportuno ricorrere ad Engelmann-Preuss, *Bi*

ne ebbero di proprie delle singole *nationes* degli studenti. Le notizie intorno ad esse son difficili a trovarsi e poco noti ne sono i cataloghi (1).

---

blioth. scriptor. classicorum, vol. 2, Leipz. 1880-82; vi si tien conto anche delle memorie inserite nelle riviste. La bibliografia intorno a quella parte dell'antichità classica che dicemmo comune ai culti giuristi si troverà assai ben raccolta in Hübner, *Bibliographie der klass Alterthumswiss.*, Berlin 1889, in specie § 19 e seg.

(1) Cfr. alcune notizie, tolte anche da ms., nel mio libro *La scuola padov.*, pag. 40, risguardanti le biblioteche degli studenti padovani. Intorno ai libri giuridici nelle più antiche biblioteche, è da vedere Becker, *Catalogi bibl. antiqui*, Bonnae 1885. Altri cataloghi sono via via disseppelliti dagli studiosi ed è utile paragonarli con quelli che gli antichi statuti delle *Universitates iuristarum* suggerivano agli scolari.

CAPITOLO X.

La professione legale

§ 45.

L'insegnamento e gli uffici pratici.

Senza risalire ai giureconsulti romani, il cui insegnamento non fu quasi mai disgiunto da uffici pratici, noi possiamo asserire che una costante tradizione delle nostre università ci presenta i professori come ad un tempo docenti, consulenti ed avvocati. L'università italiana fu una scuola teorica e pratica insieme: le dispute, usuali in essa, abituavano studenti e docenti alla trattazione dei casi controversi: i professori davano pareri e patrocinavano cause, e la loro appartenenza al collegio dei giuristi della città universitaria li faceva partecipare alla consultazione legale. L'ammirazione degli studenti estendevasi dalla scuola alle vittorie che il maestro conseguiva nel foro (1).

Questo carattere dell'insegnamento universitario giovò più di ciò che si creda a dar pregio all'an-

(1) Ciò che io osservo nel libro *La scuola padov.*, pag. 46, si può dire generalmente.

tica giurisprudenza italiana, esempio alle straniere. A ragione lo Jhering in un suo brillante libro (1) rilevava l'abisso fra la teoria e la pratica nel diritto in Germania; invano la scuola storica si propose di ravvicinare l'una all'altra. Le università tedesche furono nei secoli scorsi soverchiamente occupate nell'esame di casi pratici a loro deferiti dai tribunali ed ebbero speciali collegi di consultazione, conservati anche nella fondazione della università di Berlino. Ma la tendenza al sottilizzare, al sorpassare il testo, a produrre ingegnosi concetti e ricercate costruzioni ha fatto sì che in tempi a noi più vicini la scienza giuridica tedesca siasi in molti punti segregata dalla pratica. Il professore di diritto sembra talora nelle università tedesche un erudito che tratta una scienza affatto diversa da quella che si applica nel fôro e nei tribunali. Presso di noi, malgrado un certo recente desiderio di costruzioni giuridiche tortuose e nuove (anche se poco vagliate alla stregua dei testi o poco rispondenti al nostro carattere nazionale), tra la scienza universitaria e la pratica del diritto la distanza è assai minore. Ciò devesi non pure all'ingegno italiano, ma al maggiore contatto col fôro in cui trovasi presso di noi l'insegnante. E dalla pratica forense, ove tutto appar disputabile, derivò all'insegnamento del diritto, già nelle nostre università medioevali, quella benefica libertà di esame che inalza lo studente da semplice uditore e ripetitore al grado di indipendente e illuminato

---

(1) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884. Cfr. l'arguto libro *Briefe eines Unbekannten über di Rechtsw.*, pag. 127 e seg.

seguace delle dottrine del maestro, che questi gli presenta soltanto come probabili (1).

Nè io nego che il soverchio dar pareri o trattar cause possa distoglier l'insegnante dalla cattedra. Spetta ad esso di trovar la retta misura nell'adempimento di tutti i suoi doveri ed è questa pure una moralità, accompagnata da una speciale coazione, poichè il professore che trascura l'insegnamento perde la stima de' suoi stessi scolari e si sottrae alla schiera dei produttori della scienza. A questa gloriosa legione non è lecito appartenere se non seguendo senza tregua l'incessante moto dell'umano pensiero e mantenendosi in grado di adoperare tutti gli svariati mezzi di cui oggi dispone. Se anche, come vogliono taluni, fosse vero che nelle scienze morali (uso la parola in senso generico) la quotidiana necessità della lezione non vi sia più e possa far le veci di questa lo studio libero individuale, per modo che i professori si ridurrebbero ad ufficiali esaminatori dello Stato il quale non farebbe che concedere i gradi accademici, ognuno comprende quanto anche da questo aspetto sarebbe indispensabile seguire a passo a passo in ogni sua fase l'odierno sapere scientifico che l'esaminando può esporre.

§ 46.

La magistratura.

È chiaro come a quest'alto ufficio (magistratura giudicante e pubblico ministero) sia pur base lo studio della giurisprudenza, ed io credo che anche

(1) « Magistri vero (interpretatio) probabilis, non necessaria nec in scriptis redigenda nisi ad memoriam » Glossa ad 1. 37 D. *de const. princ.*, 1, 4.

nel giudicare rechi sommo vantaggio l'avere acquistato completa cognizione dei molteplici rami di quella. Il giudice deve esser soprattutto un giurista ed avere in sommo grado quell'attitudine, di cui già dicemmo, a colpire il punto giuridico dei casi controversi (§ 13). Ma neppur deve ignorare che il diritto è un fenomeno sociale: così soltanto può ravvisarlo qual si manifesta nella vita reale. Il giudice è oggi più indipendente che per lo passato dalla tirannide delle *communes opiniones* e delle *res iudicatae*; mentre è utile che s'ispiri alla giurisprudenza forense, deve aver forza e possibilità, ove sia il caso, di dare alla legge un'interpretazione nuova e migliore dell'usuale. È necessario perciò che segua il progresso della scienza del diritto, e segnatamente quel sistema del diritto civile, che ogni dì più fa acquistar vigoria alla giurisprudenza forense. Le teoriche del diritto penale più facilmente giungono dalla scuola a tribunali; ma lo stesso ha da accadere di quelle del diritto civile. I repertori di giurisprudenza non debbono essere l'unica fonte del giudice nè dell'avvocato. Se l'odierno magistrato non può supplire la legge come il pretore romano, ha facoltà tuttavia di farne una logica interpretazione e di usare dell'analogia di diritto, che lo fa ricorrere ai principî generali di diritto italiano. L'odierna tendenza sistematica volgesi appunto alla determinazione e concatenazione di questi; e i moltissimi casi non preveduti da articoli di legge ne fanno crescere il bisogno. I codici invecchiati e pieni di lacune (§ 39) si debbono coordinare logicamente con leggi speciali di cui mal definita è sovente la relazione con la legge generale. Nè, pur ammettendo l'autonomia del vigente diritto, vorremmo

trascurato il fondamentale sussidio del gius romano, vuoi puro, vuoi applicato dagli antichi decidenti. Infatti la magistratura italiana ha gloriose tradizioni di senno scientifico. Chi scorre le antiche decisioni rotali nostre e le sentenze dei parlamenti, resta ammirato della dottrina e del pratico criterio dei decidenti e vi trova esempî tuttora utili, malgrado l'impaccioso involucro di citazioni, allora necessario, che avviluppa i giudicati. Nei secoli scorsi era facile e frequente quel passaggio dalla cattedra universitaria allo scanno di giudice che oggi pure è ammesso dal vigente ordinamento giudiziario (1).

La formazione della gerarchia giudiziaria e l'ammissione ad essa sono regolati dalla legge 6 dicembre 1865 che s'intitola appunto sull'ordinamento giudiziario, modificata dalla legge 23 dicembre 1875 n. 2839 e da altre secondarie derivate dal lodevole desiderio (tuttora vivissimo) di migliorare le condizioni della magistratura.

§ 47.

Gl'impieghi amministrativi.

Ci è nota la necessità di un razionale studio ed ordinamento della gerarchia civile e di una logica ripartizione di giuristi e di tecnici nei varî dicasteri dello Stato (§ 33).

Qui si vuol soltanto accennare un problema che potrebbe acquistare importanza per la determinazione della coltura richiesta negli aspiranti agli uffici amministrativi dello Stato. Pei gradi di

(1) Legge ordin. giudiz. 6 dicembre 1865, art. 51, 72 128; legge 8 giugno 1890, art. 1 e 15.

ordine più elevato, ed in quanto non si tratti di tecnici, richiedesi come titolo la laurea in giurisprudenza, senza che ciò dispensi da un altro esame. Malgrado l'apparente contraddizione fra questo e quello già subìto dall'aspirante dinanzi ai più alti esaminatori ufficiali, che, astrattamente parlando, sono i professori universitarî, non si può biasimare la nuova scelta che lo Stato intende fare giudicando comparativamente le attitudini dei concorrenti. Ciò avviene anche per la magistratura. D'altra parte la laurea in giurisprudenza, malgrado l'alto valore tradizionale di questo diploma, è ridotta oggi a significare niente altro che l'aver percorso con felice esito di esami il numero degli anni di studio legalmente determinato per la giurisprudenza. Nella massima parte dei casi le dissertazioni per laurea son prive di valore scientifico appunto perchè si chiedono a tutti, anche a chi non è in grado di scriverne. Meglio sarebbe restituire al suo vero valore la laurea come coronamento degli studî che gli eletti bramano (la conserverei necessaria per gli aspiranti alla magistratura e all'esercizio dell'avvocatura) e disciplinare i corsi di studio, come oggi per i notari e procuratori, secondo un piano per coloro che si voglion dirigere agli impieghi amministrativi.

In tale ipotesi acquisterebbe importanza anche l'alternativa che esamina il Nasse. « Se si dovesse assolutamente scegliere, dice esso (1), fra il sistema pel quale gl'impiegati potessero entrare nell'alto servizio amministrativo soltanto con cognizioni economiche e politiche e con la conoscenza del

(1) *Ueber Universitätswesen und Staatsprüfungen der preussischen Verwaltungsbeamten*, Bonn 1868, pag. 13.

diritto amministrativo positivo, come avviene in taluni Stati della Germania del sud e l'altro sistema, pel quale vi potessero entrare con una coltura esclusiva, ma profonda del diritto privato, io darei probabilmente la preferenza a quest'ultimo ». Certamente fra le due ipotesi io pure, col Ferraris (1), accederei alla seconda. Anche le così dette discipline camerali in Germania, più che preparare dei buoni impiegati, giovarono a far sorgere le odierne cattedre di economia (cfr. pag. 444, n. 1). Come tutto lo Stato si basa oggi sul diritto, è opportuno che i suoi funzionarî sian guidati da criterî giuridici, indispensabili nella massima parte delle funzioni amministrative. Supposta tal cultura in essi sarebbe assai più semplice, e perciò men dispendioso, l'ufficio delle avvocature erariali, talora consultate oggi per elementari questioni giuridiche. Si osservi anche che la legalità inerente all'odierna azione dello Stato resterebbe un astratto concetto se non imperasse nell'animo de' suoi funzionarî come regola immediata della propria condotta.

Ma è desiderabile che mai ci si offra la necessita di decidersi fra le due rigide ipotesi accennate. Il futuro funzionario dello Stato deve unire alla cultura giuridica una sufficiente cognizione delle scienze sociali e politiche. Noi infatti non dobbiamo considerarle come sovrapposte alla giurisprudenza, ma parte essenziale di essa nell'odierna sua fase (§ 17). Il giurista non può neppure dirsi tale se non conosce il mezzo entro cui sorgono i fatti ch'esso esamina. Tanto più il funzionario che entra a far parte del grande organismo dello Stato e lo rappresenta esteriormente nella cerchia delle

(1) *L'Università*, II, pag. 841.

proprie attribuzioni deve attingere alle scienze sociali e politiche la retta intuizione dell'organismo stesso. Così acquisterà un'idea del proprio ufficio, assai diversa da quel fallace sentimento burocratico che finisce col far considerare la gerarchia civile come un ente intermedio fra lo Stato e la società e la converte pressochè in una nuova casta. La quale, credendo di derivare una maggiore autorità dall'accrescere o complicare l'azione dello Stato, tende spesso dannosamente a questo fine (1). Gl'impiegati debbono essere strumenti intelligenti e coscienti dello Stato e ricordare i limiti della sua azione; così, evitata d'altro canto ogni superfluità, i singoli uffici pubblici non potranno davvero esser chiamati dormitorî mentali, come li disse un giornale americano.

§ 48.

Il notaio, l'avvocato, il procuratore.

Nel pratico esercizio della professione legale si debbono distinguere il notaio, l'avvocato, il procuratore. Ciascuno di questi uffici è regolato da apposite leggi.

In ogni tempo fu sentito il bisogno di pubblici ufficiali autorizzati ad attribuire pubblica fede agli atti che essi ricevono e a conservare i documenti che son la prova materiale dei rapporti giuridici. Sorse così l'uso dei notai (scribi, tabellioni, tabulari, curiali, scriniari) che dall'impero romano passò

(1) Il fatto è ben notato anche da P. Bertolini, *Saggi di scienza e dir. della pubbl. ammin.*, II, pag. 16-17.

ai regni barbarici e fu poi generale nella storia del nostro diritto (1). Probabilmente i notai rimasero uniti in corporazioni simili a quelle delle arti ed ebbero poi proprî statuti in ogni comune. Spesso furono chierici; ma dall'ottocento in poi prevalgono i laici. Considerato in sè, l'ufficio del notaio semplifica l'organismo dello Stato e surroga ufficiali che questo avrebbe sempre dovuto istituire e conservare per gli uffici a quello opportunamente attribuiti. Siccome l'autorità del notaio intendevasi sempre tanto estesa quanto quella di colui che gliela conferiva, è naturale si giunga al secolo duodecimo senza trovar più notai regi. Il notariato appare come ufficio pubblico esercitato per facoltà concessa dall'imperatore o dal papa o da altro sovrano. Ma il soverchio allargamento posteriore nel diritto di crear notari richiese un benefico rigore: dal secolo decimoquarto furono ammessi dovunque all'esercizio del notariato solo coloro che fossero stati approvati dalla autorità del luogo. Nelle università sino ab antico era una cattedra destinata all'insegnamento della notaria (2). Compiuti gli studî, l'aspirante sosteneva un esame, prestava giuramento, spesso anche cauzione e veniva poi inscritto nel ruolo dell'arte. Nel secolo decimosesto vennero pure istituiti gli archivî pubblici pel deposito degli atti notarili.

(1) Pertile, *Storia del dir. ital.*, VI, § 223. Cfr. Tardy, *Le notar. rom. jusq'au X siècle*, Angoul. 1901.

(2) Per Padova vedi il mio libro, *La scuola padov.*, pag. 54, e qui, come altrove, continuava nel secolo decimosesto il tradizionale carattere di quest'insegnamento con cui si risale ai più antichi tempi, anche in scuole indipendenti dalle università.

Era uso bellissimo di designare alcuni notai che gratuitamente redigessero gli atti dei poveri, o s'ingiungeva anche talora in via generale quest'obbligo ad ogni notaio. A dir breve, pressochè tutta l'odierna legislazione sul notariato ha una base nella storia del nostro diritto. Il formalismo nella conclusione degli atti e la ripetizione di determinate clausole son pure carattere tradizionale che oggi incomincia a venir meno come inutile; ma derivò dall'uso di seguire formolari prestabiliti in un tempo in cui la poca cultura generale li rendeva utili. Così anzi accadde che i notari cooperarono alla conservazione del diritto romano nel medio evo, anche più antico, usando e ripetendo formole di quello, se anche non le intendevano sempre esattamente.

Il notaio abbisogna di una cultura giuridica anche superiore a quella che generalmente si crede a lui necessaria. Gran parte delle liti derivano da imperfetta redazione degli atti. È infatti molto difficile convertire in preciso linguaggio giuridico la inesatta e volgare espressione di cui per lo più servonsi le parti dichiarando la propria volontà. Questa concordanza della volontà vera, non tecnicamente manifestata, con una tecnica dichiarazione suppone una fine analisi da giurista.

Il notariato è regolato in Italia dalla legge (testo unico) 25 maggio 1879, n. 4900 e dal regolamento 23 novembre dello stesso anno. I notai son detti ivi (1) « ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra i vivi e d'ultima volontà ed attribuire loro la pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne

(1) Legge 25 maggio 1879, art. 1.

le copie, i certificati e gli estratti ». Hanno anche altre attribuzioni loro specialmente deferite dalle leggi. Essi autenticano le sottoscrizioni negli atti privati (1) ed hanno autorità di protestare le cambiali (2). La potestà del notaro si palesa soprattutto nel diritto di apporre la formola esecutiva a tutti gli atti contrattuali che ricevono (3).

In ogni distretto dove ha sede un tribunale trovasi un collegio di notari, un consiglio notarile ed un archivio. Il numero e la residenza dei notai in ciascun distretto son determinati per decreto reale, uditi i consigli provinciali e notarili: la relativa tabella è soggetta di regola ad una revisione decennale. L'ufficio di notaro è incompatibile con qualunque impiego stipendiato o retribuito dallo Stato, dalle provincie, dai comuni aventi una popolazione agglomerata superiore ai 5000 abitanti, con la professione d'avvocato e procuratore, con la professione di commerciante, mediatore, agente di cambio o sensale, ricevitore del lotto, esattore dei tributi, ministro del culto. Per essere nominato notaio richiedesi l'età di 24 (4) anni, la cittadinanza, una determinata cultura giuridica teorica e pratica, il titolo d'idoneità conseguito per esame (5). Per assumere l'esercizio del notariato (in uno dei posti resosi vacante in un distretto) si richiede una determinata cauzione, un apposito giuramento davanti

---

(1) Cod. civ. it., art. 1323.

(2) Cod. comm., art. 303 e seg.

(3) Cod. civ. it., art. 1315; Cod. di proc. civ., art. 554, 555, 558; Reg. giud., art. 306.

(4) In caso di deficienza dei concorrenti di 24 anni bastano gli anni 21, legge cit., art. 5, n. 1.

(5) Legge cit., art. 1.

al tribunale civile, il ricevimento di un sigillo o segno del tabellionato e dei repertori necessari dall'archivio notarile (1). Il notaro non può ricusare il proprio ministero; ma deve rifiutarlo se l'atto sia espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario al buon costume o all'ordine pubblico, o v'intervengano come parti la sua moglie o i suoi parenti od affini in linea retta in qualunque grado e nella collaterale sino al terzo inclusivamente, o interessi lui stesso o dette persone (2). Egli conserva esattamente gli atti da lui rogati o presso di lui depositati, e tiene perciò un repertorio per gli atti tra i vivi ed uno per gli atti di ultima volontà, firmati in ciascun foglio dal pretore del mandamento in cui il notaro risiede (3).

Tutti i notari iscritti presso un consiglio notarile costituiscono un collegio che si aduna nel capoluogo del distretto: al consiglio, eletto fra i notari esercenti in esso, spetta pure un *iudicium de moribus* sui notari e praticanti (4). Nell'archivio notarile del distretto si depositano e conservano, oltre le copie degli atti notarili registrati, quelle degli annotamenti fatti in ciascun mese nei repertori notarili, gli atti notarili rogati in paese estero prima di farne uso nel regno (possono tuttavia esser depositati invece presso un notaro esercente), i volumi contenenti gli originali, i repertori, gli atti ricevuti in deposito, i sigilli dei notari morti o che hanno cessato definitivamente dall'esercizio o hanno

(1) Legge cit., art. 15.
(2) Legge cit., art. 24.
(3) Legge cit., art. 52-54.
(4) Legge cit., art. 75, 76, 84. Per le pene disciplinari, vedi art. 106 e seg.

trasferito la residenza nel distretto di altro consiglio notarile (1).

L'avvocatura e la rappresentanza giudiziale delle parti litiganti furon già regolate assai minuziosamente nel diritto romano. L'avvocatura fu dapprima in Roma una libera professione compensata moralmente dal favore popolare; ma sotto l'impero si cambiò a poco a poco in un ufficio pubblico, in una *legalis militia* (2), e lo Stato ebbe presso ogni dicastero speciali collegi di avvocati, opportunamente registrati in una matricola, tra cui offriva ai litiganti mediante prestabilito compenso e a loro scelta, un patrocinatore (3). L'importanza di questi collegi derivava anche dalla scelta che le autorità, fornite ad un tempo di potere amministrativo e giudiziario, vi facevano pure dei giudici (*iudices pedanei*).

La rappresentanza in giudizio per mezzo di *procuratores*, sorta in Roma nella procedura formolare, divenne poi usuale (4). Nella storia del nostro diritto tale rappresentanza delle parti litiganti, che le leggi barbariche dapprima avevano ammesso per eccezione, si fece ben presto generale: gli avvocati (il cui intervento nelle cause ebbe forse per esem-

(1) Legge cit., art. 91.

(2) L. 1, C. Th. *de defens. civ.*, 1, 29, L. 14, C. *de adv. div. iud.*, 2, 7. Cfr. Fitting, *Das castrense peculium*, Halle 1871, pag. 433 e seg.

(3) Cfr. sull'avvocatura in Roma Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilpr.*, II, § 108, III, § 143.

(4) V. su ciò Keller, *Der röm. Civilpr.*, 6, ed. Leipz. 1883, § 52-54; Buonamici, *Storia della proc. rom.*, I, pag. 535 e seg.; Rümelin, *Zur Gesch. der Stellvertret. im röm. Civilpr.*, Freib. i. B. 1886.

pio l'uso delle chiese ed abbazie) talora compativano in giudizio col procuratore, talora da soli. Tuttavia fu assai generale la distinzione dell'ufficio di avvocato da quello di procuratore; in alcuni luoghi si ebbero corporazioni dell'una e dell'altra arte con divieto di cumulativo esercizio. Questa inutile divisione di uffici moltiplicante lungaggini e spese fu sgradita al popolo, e varie leggi, anche moderne, l'abbandonarono (1). Presso di noi l'esercizio dell'ufficio di avvocato e procuratore è regolato dalla legge 8 giugno 1874, n. 1938 (serie 2). Le due professioni continuano tuttora ad essere distinte (se ciò sia opportuno è grandemente disputabile); ma possono esercitarsi cumulativamente da chi abbia i requisiti per l'una e per l'altra e adempia gli obblighi annessi ad entrambe (2). Restano tuttavia notevoli differenze formali e sostanziali. Gli avvocati costituiscono un collegio presso ogni Corte d'appello ed ogni tribunale, composto di tutti coloro che si sono fatti iscrivere in un apposito albo che sta affisso nella sala d'ingresso e d'udienza di questi dicasteri (3). Un altro albo, di coloro che sono ammessi a patrocinare davanti alla Corte di cassazione, è affisso nella sala d'ingresso e d'udienza di questa (4). Il numero degli avvocati esercenti non è soggetto a limiti, come in altre legislazioni: per ottenere la iscrizione nell'albo, la quale dà diritto senz'altro all'esercizio, è prescritta la dimostrazione della moralità, la laurea in giurisprudenza, la pratica forense per due anni

(1) Pertile, *Storia del dir. it.*, VI, §§ 221-22.
(2) Legge 8 giugno 1874, art. 2.
(3) Legge cit., art. 4-5.
(4) Legge cit., art. 15.

successivi a questa, la idoneità comprovata da esame teorico-pratico presso una commissione mista di magistrati e membri del consiglio dell'ordine degli avvocati (1). In ciascun collegio di avvocati trovasi infatti un consiglio dell'ordine eletto dall'intiero collegio (2). Anche questo consiglio ha facoltà d'istituire un *iudicium de moribus* sui componenti il collegio; ma i discorsi o scritti politici non possono formare oggetto della giurisdizione disciplinare del consiglio (3).

Se la domanda presentata al consiglio dell'ordine da chi creda aver diritto di ottenere la iscrizione nell'albo degli avvocati sia respinta, l'interessato può richiamarsi alla Corte d'appello; la decisione di questa può essere impugnata con ricorso alla cassazione (4). Una causa di grande interesse fu discussa e decisa dai nostri tribunali. La donna, compiuti regolarmente i propri studî giuridici ed adempiuto ogni altro obbligo prescritto dalla legge, avrà diritto alla iscrizione nell'albo degli avvocati? Fu deciso negativamente, a torto; sia qualunque la opinione che si preferisca intorno alla missione della donna niun serio argomento si trova nel diritto positivo per rifiutare quella iscrizione. Ciò che fu detto della necessità di odierna cultura nel magistrato (§ 46) si può ripetere a più forte ragione per l'avvocato. Il quale deve in molti casi additare al giudice soluzioni indipendenti da articoli di legge (§ 30) e fornite da una scienza che quasi torna

(1) Legge cit., art. 8.

(2) Legge cit., art. 16.

(3) Legge cit., art. 24-25. Per le pene disciplinari, vedi art. 26 e seg.

(4) Legge cit., art. 10-11.

a creare il diritto. E pensare che alcuni vorrebbero ridurre ad un gretto empirismo la facoltà legale!

I procuratori costituiscono pure un collegio presso ogni Corte d'appello e tribunale e s'iscrivono perciò anch'essi in un albo (1). Alla iscrizione ha diritto chi è cittadino, senza condanne, maggiore d'età e compì con felice esito un determinato numero di corsi giuridici universitari, attese per due anni alla pratica forense e dimostrò la propria idoneità con esame dinanzi ad una commissione (2). Ciascun collegio di procuratori ha un consiglio di disciplina (3).

Mentre l'avvocato iscritto in un albo può esercitare la professione davanti a tutte le Corti e i tribunali del regno (4), nè è richiesta la cittadinanza, il procuratore, che dev'esser cittadino dello Stato, ha la sua residenza nella sede di una Corte d'appello o un tribunale e soltanto quivi può esercitare il proprio ufficio (5).

§ 49.

I doveri del giureconsulto.

Io non voglio dire del grande pregio della professione legale in qualunque aspetto essa si consideri, nè della nobiltà di toga pareggiata a quella di spada: da Roma scendendo per i lunghi secoli fino all'età nostra ci si offre dovunque l'alta considerazione in cui furon tenuti gli uomini di legge.

(1) Legge cit., art. 36.
(2) Legge cit., art. 39.
(3) Legge cit., art. 49-53.
(4) Legge cit., art. 14.
(5) Legge cit., art. 37.

Essi additati dal favore popolare come i più degni delle magistrature nel periodo repubblicano in Roma, membri del consistorio del principe sotto l'impero, ordinatori delle collezioni giustinianee, consiglieri di re e imperatori, maestri applauditi delle famose nostre università, onore dei loro collegi, anima di assemblee popolari, duci della grande rivoluzione francese del 1789, negoziatori di alleanza fra i popoli e di trattati di pace, autori de' moderni codici e statuti, consulenti ed arbitri forse nelle sociali contese avvenire. Più mi sembra utile ragionare brevemente dei doveri del giureconsulto (1). La giurisprudenza infatti ha da essere considerata come scienza dell'operare, e il giureconsulto si deve abituare a riguardarla qual pratica filosofia che guidi la condotta di lui. Tale era la tendenza dei giureconsulti romani (2), a ragione chiamati uomini incorrotti fra tanta corruzione. Il giureconsulto corra in difesa del diritto conculcato: se anche una legge non gl'imponesse il gratuito patrocinio dei poveri (3), questo gli apparirebbe qual dovere morale già per la sua missione di uomo di toga. Nè soltanto i di-

---

(1) Si leggano i discorsi dello Zanardelli, *L'avvocatura*, Firenze, 1879 (e su essi la mia recensione, *Arch. giur.* XXII, pag. 93).

(2) Il diritto appariva come « ars boni et aequi » di cui i giuristi dicevansi sacerdoti (l. 1, § 1 D. *de iust. et iur.*, 1, 1). Onde la *civilis sapientia* appellavasi *res sanctissima* (l. 1, § 5 D. *de extr. cogn.*, 50, 13), e tutte le massime del diritto legavansi, come sappiamo, a tre precetti o imperativi etici.

(3) R. decreto 6 dicembre 1865 sul patrocinio gratuito pei poveri, legge 19 luglio 1880 che modifica il gratuito patrocinio.

ritti dei privati chiedono a lui difesa: ci addita la storia dell'umanità grandi oppressi e ingannati: i popoli, a cui favore niuno o pochi ardiscono levare la voce. È compito del giureconsulto di rivendicare anche i loro diritti conservando quella libertà di parola che rese spesso gli avvocati invisi ai despoti. Spetta a lui di illuminare il popolo sul migliore ordinamento sociale e politico che sia possibile raggiungere e di cooperare alla formazione di una giuridica società di Stati veramente nazionali che attuerà la fratellanza nell'umana famiglia.

È debito insieme del giureconsulto di guardarsi dall'esagerare quel sentimento della legalità che fa credere una legge vigente termine fisso contro ogni novità. Spesso questo sentimento conduce anche a un soverchio culto delle formalità, ad un temporeggiare inutile, ad una creazione di difficoltà in cose di per sè stesse semplici. La durata della forma corporativa, quasi sul tipo medioevale, può rendere dannosamente i giuristi una forza troppo conservatrice; condurli a perpetuare ciecamente un diritto positivo tradizionale, senza volger l'occhio a quello che di continuo si crea nella coscienza popolare. Eppure essa non di rado si rappresenta le relazioni della vita in modo diverso da quello in cui le regolano i giuristi. Nè per ciò solo le popolari idee son da credersi errori: spesso indicano il tramonto di antiche norme giuridiche e son la materia prima da cui le nuove debbano scaturire.

Si liberi il giureconsulto da ogni gretto egoismo, da quella rigida tendenza che riduce il fenomeno giuridico ad una lotta fra il mio e il tuo. La ricchezza materiale è per certo fonte precipua del benessere individuale e sociale e determina gran

parte dei fenomeni della convivenza umana. Ma alla felicità di questa contribuiscono pure potentemente certi alti concetti morali e filantropici, dei quali vorrei sempre banditore il giureconsulto. Con l'umanismo nacque la società moderna; rinnovando le proprie aspirazioni, seguendo i nobili sentimenti di fratellanza e di solidarietà sociale, può calmare i dolori che oggi la travagliano. Il diritto, sebben già mitigato ai dì nostri da criterî sociali, è arma tagliente che spesso fà versare molte lacrime : è bello che chi insegna a maneggiarla temperi le minacce e le ferite con la diffusione di gentili sentimenti. Sia veramente il diritto uno dei vincoli benefici che rinsaldano la compagine sociale : sia vincolo della cui ragionevolezza e bontà abbia ognuno piena convinzione. Quando un tale sentimento del diritto circoli nei consorzî sociali, esso diviene criterio di azione pei reggitori dello Stato, rispetto alla legge nei cittadini. Ecco due aspetti di quell'educazione civica (tuttora incompleta in popoli appena ridesti a libertà e sociale dignità) che noi possiamo perfezionare.

Nè il giureconsulto, che per l'indole della propria scienza più facilmente inchina al positivismo, sarà per questo aborrente da filosofiche ricerche e da teoriche discussioni ed astratte ipotesi. La giurisprudenza odierna deve tutto, nelle sue parti migliori, al vivo senso del reale e del concreto, al desiderio d'impadronirsi dei fatti e di regolarli; ma la psiche nostra ha residui ideali e piani attuabili, più o meno disegnati, che son quasi un lievito continuo di discussione ed alimentano lo spirito critico del moderno giureconsulto. Se questi ha acquistato piena consapevolezza del fenomeno giuridico e delle molteplici sue ramificazioni sociali,

non tema le astratte discussioni. Facilmente ne scoprirà le parti ingannevoli; dalle buone trarrà profitto per la critica del diritto vigente e l'affermarsi di nuove idealità sociali (§ 36). Speculazione, discussione, critica favoriscono quell'entusiasmo senza del quale l'umana società non può vivere, la scienza non può fiorire.

INDICE

CAPITOLO III.

Il diritto.

CAPITOLO IV.

La giurisprudenza.

CAPITOLO V.

Le scienze giuridiche.

CAPITOLO VI.

Le scienze politiche e sociali nel sistema della giurisprudenza.

CAPITOLO VIII.

Il diritto codificato.

CAPITOLO IX.

Scienze e cognizioni ausiliarie della giurisprudenza.

CAPITOLO X.

La professione legale.